



Olá, pessoal! Tudo bem?

Aqui é **Ricardo Torques**, coordenador do Estratégia Carreira Jurídica e do Estratégia OAB. Além disso, sou professor de Direito Processual Civil, Direito Eleitoral e Direitos Humanos.

Instagram: www.instagram.com/proftorques

E-mail da coordenação: ecj@estrategiaconcursos.com.br

Aguardo seu contato. ;) Dúvidas, críticas e sugestões são sempre bem-vindas!

Em nome dos nossos professores, gostaria de lhes apresentar o e-book "**50 temas que serão cobrados em concursos de Delegado**". Elaborado com muito carinho e cuidado por nós, você terá uma visão dos temas mais importantes para fins de prova.

Aproveito, ainda, para convidá-los a nos seguir nas redes sociais. Todos os dias, postamos aulas, notícias, informativos e muitos outros conteúdos **gratuitos** relativos a concursos jurídicos!

Esperamos por vocês lá! ;)

Clique nos botões abaixo e nos acompanhe!



Grande abraço,

Ricardo Torques

Sumário

1 - Direito constitucional	5
1.1 - Direito à Liberdade de Consciência e de Crença x Vacinação Obrigatória	5
1.2 - As vedações constitucionais dos servidores públicos	8
1.3 - Controle abstrato de constitucionalidade nos Estados-membros	12
1.4 - A autonomia administrativa e financeira dos órgãos policiais	18
1.5 - O foro por prerrogativa de função e o Delegado Geral da Polícia Civil	20
1.6 - Constituição: conceitos e classificação	22
1.7 - Poder Constituinte	26
2 - Direito Penal	33
2.1 - As qualificadoras do homicídio e o dolo eventual	33
2.2 - Aplicação da Lei Maria da Penha no caso de violência do neto praticada contra a avó	34
2.3 - Princípios específicos que orientam e disciplinam a teoria das penas	37
2.4 - Crime de latrocínio e pluralidade de mortes	39
2.5 - Teoria da Imputação Objetiva	41
2.6 - A mudança da ação penal no crime de Estelionato promovida pelo “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019) ...	43
2.7 - Conflito Aparente de Normas	47
3 - Direito Processual Penal	55
3.1 - Encontro fortuito de provas	55
3.2 - Espécies de prisão em flagrante	63
3.3 - Poder Requisitório do Delegado de Polícia	66
3.4 - Inquérito Policial – Características Gerais	72
3.5 - Indiciamento: Conceito, Momento e Pressupostos	81
3.6 - A dispensabilidade do inquérito policial	83

3.7 - Acordo de Não Persecução Penal - ANPP.....	84
4 - Legislação Especial	89
4.1 - Entendimento do STJ sobre a Ordem de habilitação de <i>SIMCARD (chip)</i> da autoridade policial em substituição ao do titular da linha:	89
4.2 - Progressão de regime para condenados por crimes hediondos e afins.....	91
4.3 - A aplicação da Lei n.º 9.099/95 ao crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência previsto na Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e outras peculiaridades do tipo penal.....	94
4.4 - Aspectos gerais das contravenções penais	98
4.5 - Breves conceitos e distinções sobre associação para o tráfico, associação criminosa e organização criminosa:	101
4.6 - Lei de Drogas – Lei 11.343/06.....	102
4.7 - Da Captação Ambiental de Sinais	112
5 - Direitos Humanos	119
5.1 - Controle de Convencionalidade	119
5.2 - Conceito, Sentido, Características e Evolução Histórica dos Direitos Humanos	121
5.3 - Os Direitos Humanos na Constituição de 1988.....	130
5.4 - Os tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional	134
5.5 - Dignidade da Pessoa Humana.	137
6 - Direito Administrativo	140
6.1 - Alienação do controle acionário de sociedade de economia mista e suas subsidiárias	140
6.2 - Responsabilidade civil do Estado por morte causada por agentes de segurança estatal: teoria do risco administrativo e impacto do reconhecimento da legítima defesa no juízo criminal para a indenização dos parentes sobreviventes.	144
6.3 - O direito administrativo e a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.....	148
6.4 - Desapropriação: direito de extensão, tredestinação e retrocessão	152
6.5 - A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): princípios.....	158
6.6 - Delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública ..	161
6.7 - Autonomia federativa e requisição administrativa de bens públicos	165

7 - Direito Civil.....	168
7.1 - Defeitos do negócio jurídico: Erro e Dolo.....	168
7.2 - Classificação dos bens	173
7.3 - Direitos da Personalidade.....	182
7.4 - Princípios contratuais	202
7.5 - Prescrição e Decadência.....	209
8 - Medicina Legal.....	220
8.1 - Corpo de delito, perícia e peritos em medicina legal.....	220
8.2 - Classificações das Asfixias.....	220
8.3 - Classificação dos transtornos de personalidade	222
8.4 - Tanatologia Forense	226
8.5 - Introdução ao Estudo da Medicina Legal	228

50 TEMAS QUE SERÃO COBRADOS EM CONCURSOS DE DELEGADO

1 - DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1 - Direito à Liberdade de Consciência e de Crença x Vacinação Obrigatória

A Lei 13.979/20 foi promulgada com o objetivo de dispor “sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. A lei tem como objetivo, portanto, proteger a coletividade.

Dentre as medidas previstas, o art. 3º, III, “d”, previu a possibilidade de determinação da **vacinação compulsória/obrigatória**:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas (...)

III - determinação de realização compulsória de (...)

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

Colocamos que a vacinação é obrigatória, já que, na sequência, mais precisamente no §4º, a lei previu possibilidade responsabilização, no caso de descumprimento de qualquer das medidas estabelecidas, inclusive a vacinação:

Art. 3º (...)

§4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.

De outro lado, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos VI e VIII, assegura o direito à liberdade de consciência e de crença:

Art. 5º (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Portanto, temos valores a serem sopesados: interesse público no combate à pandemia e o direito à liberdade de consciência e de crença. Qual deve prevalecer? **O STF foi chamado para analisar o tema e entendeu que sim, o Poder Público poderá implementar medidas indiretas de coerção para a vacinação.**

Assentou o STF que tais medidas indiretas podem consistir em multa, em impedimento de frequentar determinados lugares, de fazer matrícula em escola, dentre outras medidas, desde que atendam aos seguintes **requisitos**:



- ter como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes;
- vir acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes;
- respeitar a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; e
- atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

E caso uma pessoa ainda assim recuse à vacinação? Ela pode ser **forçada a se vacinar?** Nesse caso, deve ser respeitado a esfera de sua individualidade, não podendo o Poder Público adotar medidas invasivas, aflitivas ou coativas, uma vez que isso caracterizaria verdadeira violação ao direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano.

É justamente essa a principal diferença entre vacinação compulsória (admitida pelo STF) e vacinação forçada (rechaçada pelo STF): a existência de consentimento por parte da pessoa.



A **vacinação compulsória**, conforme dito, tem como requisito o consentimento, pois, ainda que haja a possibilidade de coerção indireta, ela deve se submeter voluntariamente à vacina.

Já a **vacinação forçada**, por outro lado, tem por substrato fático a total ausência de consentimento em que, mesmo em face da recusa da pessoa, o Poder Público utilizaria de

medidas corporais invasivas para submetê-la à vacinação.

A primeira é admitida, ao passo que a segunda é rechaçada.

Por fim, o julgado que trata do tema:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do §2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas

integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: **(A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.**

(ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

1.2 - As vedações constitucionais dos servidores públicos

Os servidores públicos, em regra, **não podem acumular cargos e empregos públicos**. Trata-se de proibição prevista constitucionalmente e que alcança empregos e funções, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e as sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Art. 37, XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

Entretanto, como exceção, se houver compatibilidade de horários, será possível fazer a cumulação remunerada dos seguintes cargos (artigo 37, XVI, da CRFB):

a) dois cargos de professor;

- b) um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Cuidado! A acumulação de cargos públicos, nos casos descritos acima, não permite a acumulação triplíce (ARE 848.993).

Interessante apontar que a EC 101/2019 alterou a redação do art. 42 da Constituição e passou a permitir que os **policiais militares e integrantes dos corpos de bombeiros militares** (dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios) **também possam acumular cargos públicos, nas mesmas situações já mencionadas.**

Portanto, havendo compatibilidade de horários, é possível a acumulação remunerada do cargo de delegado de polícia com um cargo público de professor.



A acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente tal requisito na Constituição Federal.

O único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública.

STF. Plenário. ARE 1246685, Rel. Min. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/03/2020. (Tema 1081 Repercussão Geral)

STF. 1ª Turma. RE 1176440/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 9/4/2019 (Info 937).

STF. 2ª Turma. RMS 34257 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/06/2018.

STJ. 1ª Seção. REsp 1767955/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 27/03/2019 (Info 646).

Ainda, a Constituição prevê, em seu art. 37, XI, o chamado **teto remuneratório**. Ele determina que o valor máximo que os agentes públicos podem receber no país. O objetivo do constituinte

foi o de evitar que alguns agentes públicos recebessem os chamados “supersalários”, que são incompatíveis com o serviço público.

Assim existe um um teto geral (nacional), e o dispositivo constitucional prevê limites específicos para o âmbito dos Estados e Municípios (chamados de subtetos). O teto geral do serviço público no Brasil é o subsídio dos Ministros do STF.

Aplica-se o teto aos agentes públicos independentemente do tipo de vínculo: estatutário, celetista, temporário, comissionado, político.

No que tange ao teto remuneratório, os Estados-membros e o Distrito Federal possuem duas opções:

a) escolher estipular um teto por Poder (chamado de modelo geral):

a.1) Executivo: subsídio do Governador.

a.2) Legislativo: subsídio dos Deputados Estaduais.

a.3) Judiciário (inclui MP, Defensoria e Procuradoria): subsídio dos Desembargadores do TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

b) escolher estipular um subteto único para todos os Poderes, correspondente ao subsídio dos Desembargadores do TJ, para todo e qualquer servidor de qualquer poder, ficando de fora desse subteto apenas o subsídio dos Deputados.

Essa segunda opção é chamada de modelo facultativo e está prevista no § 12 do art. 37 da CF/88, inserido pela EC 47/2005.



O teto remuneratório aplicável aos servidores municipais, excetuados os vereadores, é o subsídio do prefeito municipal.

Assim, é inconstitucional dispositivo de Constituição Estadual que fixe o subsídio dos membros do TJ local como teto remuneratório aplicável aos servidores municipais.

STF. Plenário. ADI 6811/PE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/8/2021 (Info 1026).

A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao

teto de 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.

Assim, o teto remuneratório de Procuradores Municipais é o subsídio de Desembargador de TJ.

STF. Plenário. RE 663696/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/2/2019 (Info 932).

A EC nº 47/2005 facultou aos Estados-membros e ao Distrito Federal, mediante Emenda à Constituição estadual ou à Lei Orgânica distrital (conforme o caso), fixar o teto remuneratório dos servidores públicos estaduais ou distritais, adotando, como limite único, o valor do subsídio mensal dos Desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do STF.

Viola o art. 37, § 12, da Constituição Federal a norma estadual que, embora veiculada por meio de Emenda à Constituição, elege como parâmetro remuneratório máximo dos servidores públicos estaduais o valor integral do subsídio dos Ministros do STF.

STF. Plenário. ADI 6746/RO, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 28/5/2021 (Info 1019).

Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional 19/1998, o teto constitucional previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal incide sobre o somatório de remuneração ou provento e pensão percebida por servidor.

STF. Plenário. RE 602584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 6/8/2020 (Repercussão Geral – Tema 359) (Info 985).

Cuidado para não confundir com esse outro entendimento:

Se a pessoa acumular lícitamente dois cargos públicos ela poderá receber acima do teto

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.

STF. Plenário. RE 612975/MT e RE 602043/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (Repercussão Geral – Temas 337 e 384) (Info 862).

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração

de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.

Ex: se determinado Ministro do STF for também professor da UnB, ele irá receber seu subsídio integral como Ministro e mais a remuneração decorrente do magistério. Nesse caso, o teto seria considerado especificamente para cada cargo, sendo permitido que ele receba acima do limite previsto no art. 37, XI da CF se considerarmos seus ganhos globais.

STF. Plenário. RE 612975/MT e RE 602043/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (repercussão geral) (Info 862).

A acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos de profissionais da área de saúde legalmente exercidos, nos termos autorizados pela CF/88, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos ser considerados isoladamente para esse fim.

STJ. 2ª Turma. RMS 38682-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2012 (Info 508).

1.3 - Controle abstrato de constitucionalidade nos Estados-membros

1. Regras gerais

De acordo com o art. 125, §2º da CF, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Deste dispositivo extraem-se as seguintes regras:

Apenas as leis ou atos normativos **estaduais** ou **municipais** podem ser objeto de controle

O paradigma de confronto é a **Constituição Estadual**

Veda a atribuição da legitimação para agir a um único órgão

O órgão competente para julgamento da ação será, **exclusivamente**, o Tribunal de Justiça local.

Sustenta Pedro Lenza que, muito embora este dispositivo legal tenha fixado somente a possibilidade de instituição de representação de inconstitucionalidade, pelo princípio da simetria e desde que respeitadas as regras da Constituição Federal, seria possível implementar os demais meios de controle, quais sejam, além do controle difuso, as ações de controle concentrado originariamente no Tribunal de Justiça local, destacando-se: a já mencionada representação de inconstitucionalidade, a ADC, a ADPF, a ADO e a IF — representação interventiva (ADI interventiva estadual)¹.

2. Objeto

O controle abstrato estadual tem como objeto, exclusivamente, leis ou atos normativos **estaduais ou municipais**. Portanto, as leis federais apenas serão objeto de controle abstrato perante o STF.

3. Competência

A competência para julgar o controle de constitucionalidade abstrato estadual é, exclusivamente, do **Tribunal de Justiça local**, no exercício de sua competência originária.

4. Legitimados

Note que o §2º do art. 125 da CF não indicou quais são os legitimados para provocar o controle abstrato de constitucionalidade; assim, cabe às Constituições Estaduais a delimitação da regra.

O quadro abaixo destaca os legitimados que apresentam simetria com o plano federal²:

¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 228.

² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 228.

ART. 103 — CF/88 — LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O STF	ART. 125, § 2.º — CF/88 — LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O TJ LOCAL — “PRINCÍPIO DA SIMETRIA”	ART. 125, § 2.º — CF/88 — LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O TJ LOCAL — “PRINCÍPIO DA SIMETRIA” — ESPECIALMENTE EM RELAÇÃO A LEIS OU ATOS MUNICIPAIS
■ Presidente da República	■ Governador de Estado	■ Prefeito
■ Mesa do Senado Federal ■ Mesa da Câmara dos Deputados	■ Mesa de Assembleia Legislativa	■ Mesa de Câmara Municipal
■ Procurador-Geral da República	■ Procurador-Geral de Justiça	
■ Conselho Federal da OAB	■ Conselho Seccional da OAB	
■ Partido político com representação no Congresso Nacional	■ Partido político com representação na Assembleia Legislativa	■ Partido político com representação na Câmara do Município
■ Confederação sindical ■ Entidade de classe de âmbito nacional	■ Federação sindical ■ Entidade de classe de âmbito estadual	

A questão que se coloca é se a Constituição Estadual poderia ampliar para outras pessoas que não guardam simetria com o rol previsto no art. 103 da CF a legitimidade para provocar o controle abstrato de constitucionalidade.

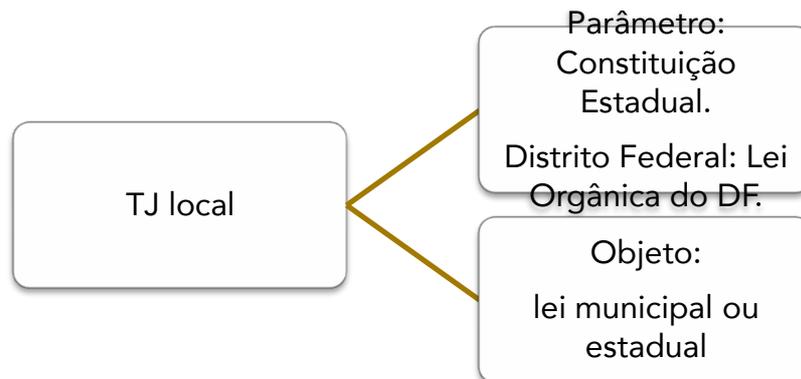
A resposta é sim, o que iria ao encontro da intenção do constituinte de 1988 de ampliar o rol de legitimados para a propositura de ADI. Neste sentido, o STF já decidiu pela legitimidade de Deputados Estaduais:

EMENTA: 1. Recurso extraordinário e prequestionamento. O Supremo Tribunal considera prequestionada determinada questão quando o Tribunal a quo haja emitido juízo explícito a seu respeito. Precedentes. 2. Legitimação ativa de Deputado Estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade de normas locais em face da Constituição do Estado, à vista do art. 125, § 2º, da Constituição Federal. Precedente: ADI 558-9 MC, Pertence, DJ 26.3.93.

(RE 261677, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2006, DJ 15-09-2006 PP-00034 EMENT VOL-02247-02 PP-00207 RTJ VOL-00201-02 PP-00743 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 272-279)

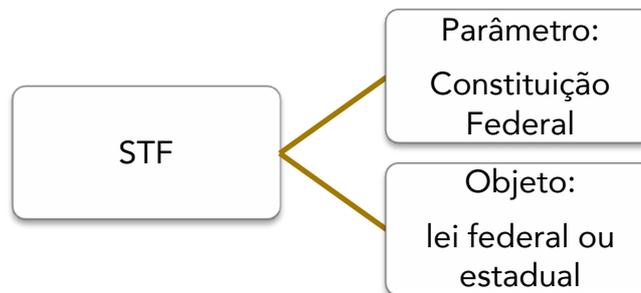
5. Paradigma de confronto

Vamos analisar os parâmetros de controle para o Tribunal local analisar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal.



Assim sendo, o TJ local só realiza o controle abstrato tendo como parâmetro a Constituição Estadual e tem como objeto apenas leis municipais ou estaduais.

O STJ, por sua vez, só realiza controle concentrado e abstrato por meio da ADI genérica, tendo como parâmetro a Constituição Federal:



- O TJ não realiza controle concentrado de lei federal, por meio de ADI genérica, seja em face da Constituição Estadual, seja em face da Constituição Federal.
- O STF não pode analisar, originariamente, por meio de ADI genérica, lei municipal em face da Constituição Estadual ou lei distrital em face da Lei Orgânica do DF.
- O STF apenas poderá analisar, originariamente, a lei municipal perante a Constituição Federal pela via da ADPF.

6. Normas de reprodução obrigatória

No que concerne às normas de reprodução obrigatória, há 3 hipóteses em que será possível a propositura de ADI no TJ local, tendo como objeto lei municipal ou estadual:

- ✓ norma de reprodução obrigatória da CF expressamente reproduzida na CE, hipótese na qual será cabível interposição de recurso extraordinário para o STF;
- ✓ norma de reprodução obrigatória da CF, ainda que não expressamente reproduzida na CE. Neste caso, também será cabível a interposição de recurso extraordinário para o STF;
- ✓ normas de imitação, hipótese em que não caberá recurso extraordinário para o STF.



Observe que, em regra, não cabe recurso extraordinário da decisão do TJ local em ADI de lei estadual ou municipal diante da Constituição Estadual.

Neste contexto, excepcionalmente, poderá ocorrer a situação em que o parâmetro da CE é uma norma de observância obrigatória ou compulsória pelos Estados-Membros. Neste caso, o que se terá é a violação da própria Constituição Federal.

Assim, deve-se interpor recurso extraordinário contra o acórdão do TJ, para que o STF, intérprete máximo da Constituição, diga qual é a interpretação da lei estadual ou municipal perante a CF. Esta decisão terá os mesmos efeitos da ADI: em regra, *erga omnes, ex tunc* e vinculante, podendo o STF modular os efeitos da decisão (art. 27, Lei nº 9.868/99).

7. Simultaneus processus

Certo é que as leis estaduais poderão ser fiscalizadas tanto por meio de ADI no TJ, tendo como parâmetro a própria CE; ou perante o STF, tendo como parâmetro a CF.

Deste modo, a mesma lei estadual poderá ser objeto de controle concentrado no TJ e no STF. Neste caso, ocorre o fenômeno da simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade, denominado de *simultaneus processus*.

Ocorrendo esta hipótese, o controle estadual deverá ficar **suspenso**, aguardando o resultado do controle federal, tendo em vista que o STF é o intérprete máximo da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de causa de suspensão prejudicial do processo de controle concentrado de constitucionalidade promovido perante o Tribunal de Justiça local.

Do julgamento da ADI no STF podem surgir duas situações:

- Se o STF julgar inconstitucional a lei estadual perante a CF → a ADI estadual perderá seu objeto.
- Se o STF julgar constitucional a lei estadual perante a CF → o TJ poderá prosseguir no julgamento da ADI da lei estadual perante a Constituição Federal, mas, obviamente, desde que seja por fundamento diverso.

E se a ADI proposta no TJ local for julgada e transitar em julgado, a lei poderá ser examinada em controle abstrato perante o STF e tendo como parâmetro a CF? Aqui ocorrem duas situações:

- TJ declara a lei estadual constitucional → o STF poderá reconhecer como inconstitucional a lei perante a Constituição Federal. Esta nova decisão prevalecerá sobre a coisa julgada estadual.
- TJ declara a lei estadual inconstitucional → como a lei já foi retirada do ordenamento jurídico, não há que se falar em controle abstrato perante o STF.



Atenção: neste último caso, o STF já decidiu que, em se tratando de norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, há possibilidade de julgamento pela Corte:

Ementa: CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO ESTADUAL. COEXISTÊNCIA DE PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA NO STF E EM CORTE ESTADUAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL, AFIRMANDO A INCONSTITUCIONALIDADE, POR OFENSA A NORMA DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO REPRODUZIDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EFICÁCIA LIMITADA DA DECISÃO, QUE NÃO COMPROMETE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE

CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI ESTADUAL 2.778/2002 DO ESTADO DO AMAZONAS. LIMITAÇÃO DE ACESSO A CARGO ESTADUAL. RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. 1. Coexistindo ações diretas de inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo estadual, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual tipicamente estadual (= sem similar na Constituição Federal). 2. Havendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo Tribunal de Justiça com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido. 3. São inconstitucionais os artigos 3º, § 1º, 5º, § 4º, e a expressão “e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado de Amazonas”, inserida no caput do artigo 3º da Lei Ordinária 2.778/2002 do Estado do Amazonas, por ofensa ao princípio constitucional de igualdade no acesso a cargos públicos (art. 37, II), além de criar ilegítimas distinções entre brasileiros, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 19, III). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3659, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 07-05-2019 PUBLIC 08-05-2019)

1.4 - A autonomia administrativa e financeira dos órgãos policiais

A Lei 837/1994 do Distrito Federal, além de veicular normas gerais de organização da Polícia Civil do Distrito Federal, promoveu verdadeira estruturação desse órgão, tratando de assegurar e definir o alcance de sua autonomia administrativa e financeira; reestruturar órgãos internos e fixar suas competências; instituir e extinguir cargos em comissão, com a definição de diversas atribuições, além de critérios para nomeação do Diretor-Geral; estabelecer diretrizes para o pagamento de vencimentos e remunerações, regras para a definição de patrimônio e outras disposições essenciais para a organização de sua estrutura orgânica.

Ainda, confere independência à Polícia Civil do Distrito Federal para, entre outras prerrogativas, elaborar a respectiva proposta orçamentária e praticar atos de administração e gestão própria, relativos à fixação do regime jurídico de pessoal, à compra de bens, à contratação de obras e serviços e aplicação de recursos, à criação e extinção de seus cargos, funções, serviços auxiliares e unidades policiais; além de muitas outras atribuições autônomas

Diante de tais previsões, o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6611) em face de tal norma, por entender estarem presentes tanto inconstitucionalidades formais, como materiais. O STF decidiu a questão em maio de 2021.

Inconstitucionalidade formal

Quanto à inconstitucionalidade formal, compreendeu-se que houve violação dos arts. 21, XIV, e 24, XVI, § 1º, ambos da CRFB.

A referida Lei Distrital usurpou a competência da União para organizar e manter a Polícia Civil do Distrito Federal, nos termos do art. 21, XIV, da CRFB e, ainda, para editar normas gerais de organização das polícias civis, conforme art. 24, XVI, § 1º, da CRFB.

Art. 21. Compete à União **(competência privativa/exclusiva)**:

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

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

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

O STF, em situação anterior, já possui entendimento, que permanece válido compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

Súmula Vinculante 39-STF: Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

A doutrina afirma, no mesmo sentido, que embora não exista previsão expressa na CF, a jurisprudência do STF considera que cabe apenas à União privativamente legislar sobre vencimentos dos policiais do Distrito Federal (Súmula Vinculante 39), uma vez que conforme previsão expressa da Constituição, já cabe à União a manutenção dessas corporações. Ademais, como se trata de competência privativa da União, o DF não pode legislar sobre o tema, mesmo que omissa a União, a não ser que tenha recebido expressa delegação, mediante a edição de lei complementar federal.

Inconstitucionalidade material

Por sua vez, a inconstitucionalidade material se observa em razão do vínculo de subordinação entre Governadores de Estado ou do Distrito Federal e as respectivas Polícias Cíveis, nos termos do art. 144, § 6º, da CRFB.

Conforme mencionada previsão constitucional, as polícias cíveis integram a estrutura institucional do Poder Executivo, encontrando-se em posição de dependência administrativa, funcional e financeira em relação ao Governador do Estado.

Art. 144. § 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias cíveis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Em 2019, em sede da ADI 5536, o STF já decidiu nesse sentido, afirmando que O art. 144, § 6º, da CF estabelece vínculo de subordinação entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias cíveis, em razão do que a atribuição de maior autonomia aos órgãos de direção máxima das polícias cíveis estaduais, mesmo que materializadas em deliberações da Assembleia local, mostra-se inconstitucional.

No caso, a Lei Distrital 837/1994 confere independência à Polícia Civil do Distrito Federal, de forma que o diploma legal, ao estabelecer explicitamente a autonomia administrativa e financeira da Polícia Civil do Distrito Federal é inconstitucional do ponto de vista material.



É inconstitucional a Lei Distrital que atribui autonomia administrativa e financeira aos respectivos órgãos policiais.

STF. Plenário. ADI 6611, Rel. Min. Alexandre De Moraes, julgado em 17/05/2021.

1.5 - O foro por prerrogativa de função e o Delegado Geral da Polícia Civil

Futuros Delegados e Futuras Delegadas, recentemente o Supremo apreciou, em sede de ADI, tema extremamente relevante para a nossa prova, acerca da inconstitucionalidade da previsão em Constituição Estadual de foro por prerrogativa de função para o Delegado Geral da Polícia Civil, no Tribunal de Justiça Estadual, vamos dar uma olhada?



Extrapola a autonomia do estado previsão, em constituição estadual, que confere foro privilegiado a Delegado Geral da Polícia Civil.

A autonomia dos estados para dispor sobre autoridades submetidas a foro privilegiado não é ilimitada, não pode ficar ao arbítrio político do constituinte estadual e deve seguir, por simetria, o modelo federal.

STF. Plenário. ADI 5591/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 20/3/2021 (Info 1010)

No caso analisado, a Constituição do Estado de São Paulo previu foro por prerrogativa de função para o Delegado Geral da Polícia Civil, de forma que, caso fosse julgado criminalmente, o seria de competência do Tribunal de Justiça.

O foro por prerrogativa de função é uma prerrogativa prevista pela Constituição, segundo a qual as pessoas ocupantes de alguns cargos ou funções somente serão processadas e julgadas criminalmente por determinados Tribunais, tais como TJ, TRF, STJ e STF, a depender da autoridade e previsão constitucional.

Cumpra destacar que, nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso, na ADI 6502 MC, o STF adota a premissa de que o foro privilegiado é uma norma de exceção e por isso se deve adotar uma interpretação restritiva em relação a ele.

Tal previsão excepcional existe pois, em virtude de determinadas pessoas ocuparem cargos ou funções importantes e de destaque, somente existiria julgamento imparcial e livre de pressões se forem julgadas por órgãos colegiados que componham a cúpula do Poder Judiciário.

Em regra, os casos de foro por prerrogativa de função são previstos na Constituição Federal. No entanto, as Constituições estaduais podem prever casos de foro por prerrogativa de função desde que seja respeitado o princípio da simetria com a Constituição Federal, de forma que a previsão Estadual deve ser equivalente a uma autoridade federal que tenha foro por prerrogativa de função na Constituição Federal.

Essa autorização para que as Constituições Estaduais prevejam hipóteses de foro por prerrogativa de função no TJ existe por força do art. 125, § 1º, da CF/88.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, o Supremo entendeu que extrapola a autonomia do estado a previsão, em constituição estadual, que confere foro privilegiado a Delegado Geral da Polícia Civil, pois a autonomia dos estados para dispor sobre autoridades submetidas a foro privilegiado não é ilimitada, não pode ficar ao arbítrio político do constituinte estadual e deve seguir, por simetria, o modelo federal.

Ademais, a CRFB não prevê foro por prerrogativa de função para o Delegado-Geral da Polícia Federal, logo, a instituição de foro por prerrogativa de função para o Delegado Geral da Polícia Civil não encontra simetria no modelo federal.

Em sentido similar, o STF já decidiu anteriormente:

É inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual que confere foro por prerrogativa de função, no Tribunal de Justiça, para Procuradores do Estado, Procuradores da ALE, Defensores Públicos e Delegados de Polícia.

A CF/88, apenas excepcionalmente, conferiu prerrogativa de foro para as autoridades federais, estaduais e municipais. Assim, não se pode permitir que os Estados possam, livremente, criar novas hipóteses de foro por prerrogativa de função.

STF. Plenário. ADI 2553/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/5/2019 (Info 940).

1.6 - Constituição: conceitos e classificação

1. Conceito de "Constituição"

Existem várias concepções utilizadas para definir o termo "Constituição".

O conceito **sociológico** vem de Ferdinand Lassalle, que em sua obra "O que é uma Constituição?", defendeu que toda Constituição é uma soma dos "fatores reais do poder que regem um país".

Em outras palavras, para Lassalle, a monarquia, a burguesia, a aristocracia, os banqueiros e, nos casos extremos, também o povo, são partes integrantes da Constituição. Juntando todos esses fatores reais de poder e escrevendo-os em um papel, eles passam a constituir verdadeiro direito, instituições jurídicas.



Para Lassalle, a Constituição **não é uma mera folha de papel**; ela é uma somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.

O conceito **político** é uma criação de Carl Schmitt, que diferencia "Constituição" de "lei constitucional":

- Constituição é a **decisão política fundamental**, relacionada à estrutura e órgãos do Estado, aos direitos individuais, à vida democrática, dentre outros;
- as leis constitucionais seriam os **demais dispositivos inseridos na Constituição**, mas que não têm caráter de decisão política fundamental.

O sentido **jurídico** de Constituição vem de Hans Kelsen e sua **teoria da hierarquia das normas**. Kelsen entende a Constituição como uma norma pura, um verdadeiro dever-ser, fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais.

Essa concepção desdobra-se em dois sentidos:

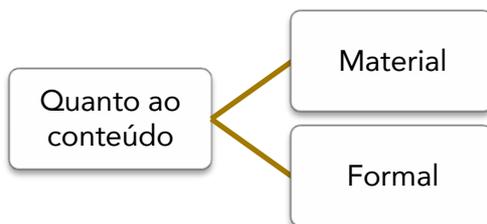
- ✓ sentido jurídico-positivo: há um escalonamento de normas no direito, sendo que uma norma inferior encontra seu fundamento de validade na norma superior, e assim por diante, até chegar à Constituição, que é o **fundamento de validade** de todo o sistema infraconstitucional.
- ✓ sentido lógico-jurídico: acima da Constituição haveria uma norma fundamental hipotética, cujo mandamento é: **obedeça a tudo que for posto pelo Poder Constituinte Originário**.

Por fim, para José Afonso da Silva, a Constituição deve ser compreendida e interpretada como uma **estrutura** que integra um **conjunto de valores**. Ela tem, como forma, um complexo de normas; como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais; como fim, a realização dos valores da sociedade; e como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo³.

2. Classificação das Constituições

É sempre importante lembrar que há vários modos de classificar as constituições, e não existe um modo mais correto que o outro. Vamos analisar a classificação dada por José Afonso da Silva, que a divide em cinco categorias: quanto ao conteúdo; quanto à forma; quanto ao modo de elaboração; quanto à origem e quanto à estabilidade.

2.1 Quanto ao conteúdo

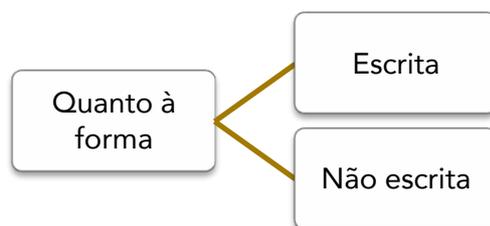


Material é aquela constituição que possui apenas **conteúdo constitucional**, que regula a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.

Formal é aquela constituição que trata de **outros assuntos** que não apenas os assuntos de conteúdo constitucional. Nesse sentido, qualquer norma que estiver inserida na constituição será considerada constitucional, como é o caso da Constituição Federal de 1988.

2.2 Quanto à forma

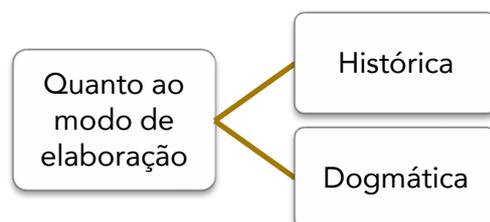
³ **Curso de direito constitucional positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.



Constituição escrita é aquela que é sistematizada em um **documento único e solene**.

A constituição não escrita é aquela que **não está sistematizada em um documento único**; ela se baseia nos costumes, na jurisprudência, em convenções e textos constitucionais esparsos, como é a Constituição da Inglaterra.

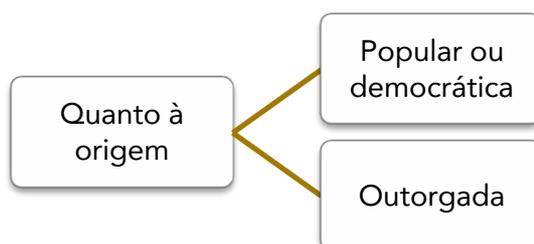
2.3 Quanto ao modo de elaboração



A constituição histórica é aquela que é fruto de uma **lenta formação histórica**. Ela não é escrita e decorre da lenta evolução das tradições, como é a Constituição Inglesa. Assim, o conceito de constituição histórica é conexo ao conceito de constituição não escrita.

Do mesmo modo, o conceito de constituição dogmática é conexo ao conceito de constituição escrita. **A constituição dogmática sempre será escrita**; ela é fruto de um trabalho legislativo específico e reflete os dogmas ou ideias fundamentais de um determinado momento histórico.

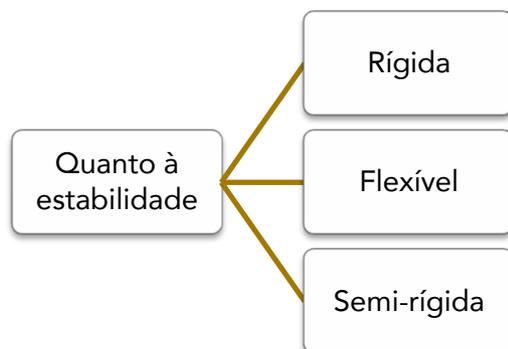
2.4 Quanto à origem



Popular ou democrática é a constituição originada de um **órgão constituinte**, composto por representantes do povo eleitos para elaborar e estabelecer uma constituição, como é o caso da Constituição de 1988.

Outorgada é a constituição elaborada e **imposta** ao povo pelo governante, como foram as Constituições brasileiras de 1967 e 1969.

2.5 Quanto à estabilidade



Rígida é a constituição que é difícil de ser alterada, pois possui um **procedimento de alteração mais rigoroso** que aquele destinado às leis ordinárias ou complementares. É o caso da Constituição Federal de 1988, que só pode ser alterada mediante Projeto de Emenda Constitucional.

Constituição flexível é a constituição que pode ser alterada seguindo o mesmo **processo de alteração das leis ordinárias**, sem a necessidade de um procedimento especial.

Semi-rígida é a constituição que contém **uma parte rígida e outra flexível**, como era a Constituição brasileira de 1824, a Constituição do Império.

1.7 - Poder Constituinte

Noções Introdutórias

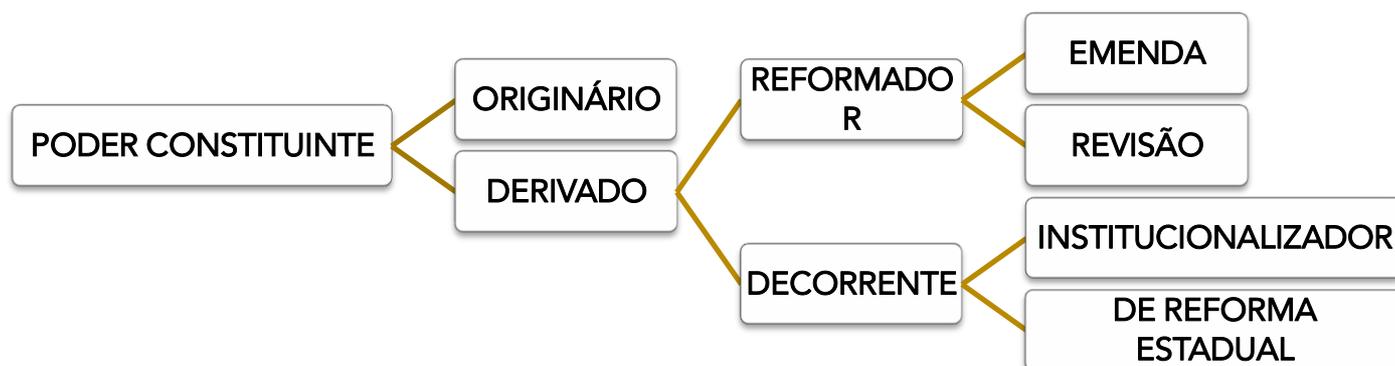
É aquele poder ao qual incumbe elaborar (criar), reformar (alterar) ou complementar uma Constituição. O poder constituinte pode ser classificado quanto à dimensão em material e formal.

FORMAL	É o conjunto de forças político-sociais que vão apresentar uma nova ideia de direito para o Estado e para a sociedade. Rompe com o status quo para estabelecer uma nova ordem. A ruptura deve ocorrer, e será por revolução (de baixo para cima), por golpe (de cima para baixo) ou através de um consenso jurídico-político.
MATERIAL	É aquele grupo encarregado de formalizar a ideia de direito apresentada pelo Poder Constituinte material, ou seja, é o grupo encarregado de redigir o texto da nova constituição.

Existem três tipos de Poder Constituinte:

- Poder Constituinte Originário: visa elaborar a Constituição;
- Poder Constituinte Derivado Reformador: visa reformar a Constituição;
- Poder Constituinte Derivado Decorrente: visa complementar a Constituição.

Seguindo o conceito material acima exposto, podemos visualizar a teoria da seguinte forma:



Há quem divida, ainda, o conceito do poder constituinte em duas partes: uma alusiva às origens, e outra atinente aos objetos.

a) Origens

Em Federações como o Brasil, o poder constituinte pode ter duas origens diferentes: uma origem **federal** e outra **federada**. Isto é, além da Constituição Federal, há também as Constituições de cada Estado.

Desse modo, não é só poder constituinte aquele que responde pela criação ou modificação da Constituição Federal, mas também aquele que cria ou modifica a Constituição dos Estados.

b) Objetos

A alusão aos objetos indica que o poder constituinte é um poder de **instituição** ou de **reforma**.

O termo "instituição" se coloca como criação de uma Constituição nova, nem sempre da primeira Constituição, quando de modo genuíno esse poder constituinte tem manifestação. Trata-se da criação da primeira Constituição e de outras subsequentes, que substituam a Constituição anterior. A expressão "reforma", por sua vez, coloca-se como a modificação de Constituição que já existe, em menor ou maior escala.

Portanto, a doutrina majoritária entende que o poder constituinte não é só o poder que cria uma nova Constituição, como também é aquele que modifica uma Constituição já existente, tendo esses dois objetos.

Em que pese a posição majoritária, autores como Toni Negri, no entanto, sustentam que a reforma não seria manifestação do poder constituinte, mas um poder constituído.

Fazendo uma junção da separação acima exposta, temos que:

	OBJETO	ORIGEM
Poder Constituinte Originário	Instituição	Federal
Poder Constituinte Derivado Reformador	Reforma	Federal
Poder Constituinte Derivado Decorrente Institucionalizador	Instituição	Estadual
Poder Constituinte Derivado Decorrente de Reforma Estadual	Reforma	Estadual

Questão comumente cobrada em provas é acerca do criador da teoria do Poder Constituinte. A referida teoria foi defendida, inicialmente, pelo abade francês Emmanuel Sieyès, em sua obra “*O que é o Terceiro Estado*”. No documento produzido, ele faz uma distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, sendo o primeiro o que cria uma Constituição, enquanto os segundos resultam da criação da Constituição. **Este é o ponto fundamental.**

Para Sieyès, o titular do poder constituinte era a nação, o que não prevalece atualmente. Segundo doutrina majoritária, o titular do poder constituinte é o povo, ainda que ele seja usurpado.

Portanto, deve-se ter em mente que: **o titular do poder constituinte é o povo e é permanente. Por sua vez, o agente do poder constituinte é o grupo encarregado de redigir a constituição e não é permanente (tão logo a constituição seja feita, ao finalizar seu trabalho, ele se esvai). Titular – poder constituinte material. Agente – poder constituinte formal.**

2.2 Poder Constituinte Originário (PCO)

O Poder Constituinte Originário é o que elabora a Constituição do Estado, sendo possível identificar dois momentos de manifestação dele:

- **momento material do Poder Constituinte Originário:** é a **decisão política** de criação de um novo Estado. Isto quem vai dizer é Carl Schmitt;
- **momento formal do Poder Constituinte Originário:** é o momento em que há efetivamente a **elaboração da Constituição**, dando a ideia do direito que surgiu. Trata-se da formalização do momento material.

Pode-se dizer, portanto, que o PCO é um poder excepcional, que surge em um momento extraordinário, visando desconstruir uma ordem anterior e constituir uma nova. **Assim, ele é ao mesmo tempo desconstitutivo e constitutivo, despositivo e positivo.**

São características do PCO:

- Político;
- Inicial;
- Incondicionado;
- Permanente;
- Autônomo;
- Ilimitado;

Quanto à última característica, necessário citar alguns pontos:

INDO MAIS
FUNDO!



LIMITAÇÕES MATERIAIS OU EXTRAJURÍDICAS

Tais limites só existem quando se adota uma visão não positivista, eis que para esta é um poder ilimitado, não possuindo limitações formais e materiais.

a) Limites Transcendentes ao PCO

São impostos ao PCO MATERIAL, advindos de imperativos do direito material, de valores éticos ou da consciência jurídica positiva.

1. Imperativos do direito natural
2. Valores éticos, políticos e morais
3. Consciência jurídica da coletividade.
4. Direitos fundamentais ligados diretamente à dignidade da pessoa humana, devem ser observados pelo constituinte, correndo o risco de a constituição ser considerada ilegítima.

Está ligado ao limite transcendente ao PCO, o princípio da proibição do retrocesso (*Efeito Cliquet*). De acordo com tal ideia, os **direitos fundamentais conquistados por uma sociedade, e que são objeto de um consenso profundo**, não poderão ser desprezados quando da elaboração de uma nova constituição. Se eles forem desprezados, haverá um retrocesso, o que é vedado. É um limite metajurídico, não está no direito.

Destaca-se, nesse ponto, que a proibição do retrocesso é aplicada em dois sentidos, no primeiro relacionado ao PCO. No segundo, relacionado aos direitos sociais, que serão trabalhados posteriormente.

Ex.: um exemplo mencionado pela doutrina é acerca da alteração da Constituição para fins de inclusão da pena de morte para crimes hediondos. Segundo tal limite,

não poderia uma nova CF, caso existisse, criar a pena de morte para os crimes hediondos. Nem com a vontade da maioria. Isto porque a Constituição não é a vontade das maiorias momentâneas e sim garantia de direitos.

b) Limites Imanentes ao PCO

São impostos ao PCO FORMAL e relacionados à configuração do Estado à luz do PCO material ou da própria identidade do estado. Assim, o conteúdo escolhido pelo PCO Material deve ser observado pelo PCO Formal.

EX: não poderia uma nova constituição acabar ou reduzir a autonomia dos estados federados americanos (EUA), os quais detêm grande autonomia. É intrínseco. Desde a formação do país há tal autonomia, não poderia simplesmente vir outra constituição e acabar com esta identidade do estado.

c) Limites Heterônomos ao PCO

São provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. O PCO deve respeitar limites do **direito internacional**. É a relativização do direito de soberania do estado.

Exemplo: Tratados de Direitos Humanos com status constitucional.

Poder Constituinte Derivado (PCD)

O Poder Constituinte Derivado pode modificar a Constituição, podendo também criar as constituições estaduais. No primeiro caso, o Poder Constituinte Derivado é o reformador, enquanto no segundo é o Poder Constituinte Derivado decorrente. Possuem os seguintes aspectos em comum: **a) são poderes de segundo grau; b) são poderes constituídos; c) são poderes sempre limitados pelo PCO.**

a) Poder Constituinte Derivado Reformador (PCDR)

É o Poder Constituinte que reforma a Constituição Federal por meio de:

- emendas constitucionais (rito do art. 60 da CF/88): dizem respeito a reformas pontuais, por temas;
- revisão constitucional (rito do art. 3º do ADCT): é uma reforma geral, global. De uma vez só, reforma-se todo o texto.

Esse poder é limitado pelo texto constitucional, de forma que a doutrina enumera as espécies de limitações do poder constituinte derivado reformador:

ESPÉCIE	LIMITES
REVISÃO (ART. 3º, ADCT)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Temporais: 5 anos da promulgação da CRFB/88; ✓ Formais: revisão em sessão unicameral; ✓ Quórum: maioria absoluta
EMENDA (ART. 60, CRFB/88)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Formais: legitimidade para apresentar a proposta (art. 60, incisos I, II e III); ✓ Circunstanciais: no caso da existência de estado de sítio, de defesa e intervenção federal, a Constituição não pode ser alterada/emendada (art. 60, §1º); ✓ Materiais: cláusulas pétreas (art. 60, §4º).

Além dos limites materiais explícitos (art. 60, §4º), temos também limites materiais implícitos. Os limites materiais implícitos são identificados por interpretação dos dispositivos constitucionais atinentes ao tema:

- a impossibilidade de revogação dos limites materiais explícitos: o constituinte originário criou o art. 60, §4º, CF para proteger determinadas matérias, revogar tais dispositivo desprotegeria os direitos nele assegurados, sendo um golpe na vontade do Poder Constituinte Originário. É o denominado "golpe" da dupla revisão. Cláusula pétrea não é só explícita, é também implícita;
- impossibilidade de revogação dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil: não é possível uma emenda que revogue o art. 1º, III, CF.



É possível alterar o texto da Constituição via emenda e estabelecer uma nova revisão? Uma primeira corrente afirma que é possível estabelecer uma nova revisão. Já a segunda corrente entende que não, porque a vontade originária do Poder Constituinte Originário era só uma revisão, somente uma reforma global. Para essa corrente, a emenda à Constituição é para alterar a Constituição, mas não para alterar o processo de reforma. A emenda constitucional já é reforma.

b) Poder Constituinte Derivado Decorrente (PCDD)

É aquele poder que visa complementar a Constituição com a elaboração das Constituições estaduais pelos estados membros nos termos do art. 11 do ADCT e art. 25 da CF. É o poder de os estados elaborarem e alterarem suas Constituições.

Como espécie do Poder Constituinte Derivado, o Poder Decorrente historicamente foi conceituado como o poder atribuído aos estados membros de elaborarem suas próprias Constituições Estaduais.

Ocorre que, hodiernamente, e com razão, a doutrina tem sinalizado que este poder também foi estendido ao Distrito Federal, para que ele pudesse elaborar a sua própria Lei Orgânica. De fato, é sabido que o Distrito Federal abarca tanto competências de natureza estadual quanto competências de natureza municipal, o que atesta a correção da medida.

Além disso, diferentemente das leis orgânicas dos municípios, que devem obediência à Constituição Estadual e à Constituição Federal, a Lei Orgânica do Distrito Federal só deve obediência à própria Constituição Federal, de onde retira o seu fundamento de validade.



EXISTE PCDD NO DF E NOS MUNICÍPIOS?

Em relação ao DF, a maioria da doutrina sustenta que existe poder constituinte decorrente.

No âmbito dos Municípios, o entendimento predominante é de que não há um poder constituinte decorrente. Ou seja, o poder que cria a lei orgânica municipal não é mesmo que cria as constituições estaduais.

De acordo com a doutrina, há, no ordenamento jurídico, três níveis (federal - CF, estadual - CE e o municipal – lei orgânica), o poder constituinte derivado decorrente é o que faz a CE, está submetido a um nível (observar os princípios da CF). Por outro lado, o poder que elabora a lei orgânica municipal está submetido a dois níveis, ou seja, deve observância tanto aos princípios da CF quanto aos da CE, por isso não poderia ser decorrente.

E quais os limites do PCDD?

- Princípios Sensíveis: são aqueles que, se descumpridos, acarretam a possibilidade de intervenção federal no ente (art. 34, VII, CRFB/88).
- Princípios Extensíveis: são normas centrais comuns a todos os entes e que se estendem por toda Constituição, que podem estar expressos (ex.: art. 5º, III, XVI, da CRFB/88) ou implícitos (CPI Estadual).
- Princípios Estabelecidos: são normas que dizem respeito à organização do nosso federalismo.



As normas de preordenação são normas preordenadas, predefinidas, de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais. Já as normas de imitação são normas da Constituição federal que os estados vão ter a faculdade de alocar ou não nas Constituições estaduais. Se o estado quiser imitar e colocar em sua Constituição, ele vai vincular em suas obrigações aquela norma. Ex.: sobre o art. 57, §4º, CF, o STF já entendeu que não é uma norma de reprodução obrigatória,

mas sim de imitação. Os estados não são obrigados a colocar isso em suas constituições, sendo facultado a cada estado.

Outros Poderes

a) Poder Constituinte Difuso

Pode ser caracterizado como um poder de fato e se manifesta por meio das mutações constitucionais. Informal, espontâneo, poder de fato, devendo respeitar o texto formal e os princípios estruturantes da constituição.

b) Poder Constituinte Supranacional

Busca sua fonte de validade na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania. Reorganiza a estrutura de cada um dos estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Exemplo: União Europeia.

2 - DIREITO PENAL

2.1 - As qualificadoras do homicídio e o dolo eventual

Inicialmente, cumpre lembrarmos brevemente do que se tratam as qualificadoras do crime, assim como do dolo eventual.

São qualificadoras do crime aquelas circunstâncias que revelam determinados motivos, interesses, meios ou modos de execução, ou que produzam resultados graves ou gravíssimos para o bem jurídico afetado, ou por fim, que expõem a vítima ao maior poder de ação do agente, seja em função da idade, de parentesco ou outra relação de confiança.

Em tais hipóteses, a reprovabilidade da conduta justifica um tratamento penal específico e mais rigoroso. No Código Penal as hipóteses de qualificação podem vir destacados com o termo "qualificado", como por exemplo no homicídio qualificado do art. 121, § 2.º do CP e ora o Código prevê tais tipos de ilícito sem a indicação nominal específica, isto é sem o termo "qualificado", como por exemplo nas hipóteses qualificadas da lesão corporal (art. 129, §§ 1.º a 3.º).

Ademais, as circunstâncias qualificadoras do crime apresentam-se sob duas espécies: a) objetivas e b) subjetivas. São objetivas o meio e o modo de execução e a condição da vítima. Por sua vez, são subjetivas as que dizem respeito aos motivos.

Quanto ao dolo eventual, o art. 18, I do CP prevê o crime doloso, na modalidade eventual, afirmando “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente assumiu o risco de produzi-lo”. A doutrina conceitua o dolo eventual como sendo a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando e admitindo, a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Assim, ocorre quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, ou seja, admite e aceita o risco de produzi-lo.

Quanto à questão das hipóteses de homicídio qualificado e a compatibilidade dessas com o dolo eventual, a jurisprudência é pacífica (tanto STJ como STF) quanto à compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do motivo fútil e/ou torpe (art. 121, § 2º, I e II, do CP):

Porém, quanto às qualificadoras de meio, isto é objetivas (art. 121, § 2º, III e IV, do CP), existem duas correntes.

- **1ª corrente:** O dolo eventual no crime de homicídio é compatível com as qualificadoras objetivas previstas no art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal. As referidas qualificadoras serão devidas quando constatado que o autor delas se utilizou dolosamente como meio ou como modo específico mais reprovável para agir e alcançar outro resultado, mesmo sendo previsível e tendo admitido o resultado morte. (STJ. 5ª Turma. REsp 1.836.556-PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 15/06/2021 (Info 701)).
- **2ª corrente:** O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada dissimulação). (STF. 2ª Turma. HC 111442/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/8/2012 (Info 677) e STJ. 6ª Turma. EDcl no REsp 1848841/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 2/2/2021.)



Em 2021 as turmas do STJ se posicionaram distintamente sobre o tema!
A 5ª turma adotou a 1ª corrente, compreendendo que é sim compatível.
Por sua vez, a 6ª se aliou a 2ª corrente e ao STF, compreendendo não ser compatível!

2.2 - Aplicação da Lei Maria da Penha no caso de violência do neto praticada contra a avó

Pessoal, é de extrema importância saber a quem se aplica a Lei Maria da Penha, quem pode ser considerada vítima nos termos da lei.

Em 2020, o STJ apreciou questão envolvendo violência praticada pelo neto contra a avó, decidindo que **constatada situação de vulnerabilidade, aplica-se a Lei Maria da Penha no caso de violência do neto praticada contra a avó**

A Lei Maria da Penha objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar que, cometida no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, cause-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1626825-GO, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 05/05/2020 (Info 671).

O STJ entendeu que, no caso concreto, estava constatada a situação concreta de vulnerabilidade da avó, esta que tinha 84 anos de idade, diante das ameaças do neto, com faca, no âmbito doméstico, fatos que ensejam a aplicabilidade da Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, importante lembrar algumas premissas básicas da Lei Maria da Penha.



- **Sujeito passivo** da violência doméstica obrigatoriamente deve ser uma pessoa do gênero feminino (criança, adulta, idosa, desde que do gênero feminino).
- **Sujeito ativo** independe do gênero.

Dessa forma, podemos observar que são requisitos para que se configure a violência doméstica, nos termos da lei:

a) Sujeito passivo (vítima) deve ser pessoa do gênero feminino; b) Sujeito ativo independente de seu gênero; c) Violência baseada em relação íntima de afeto, motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade, nos termos do art. 5º da Lei Maria da Penha.

Ressalta-se ainda que é possível que haja violência doméstica mesmo que agressor e vítima não convivam sob o mesmo teto (não morem juntos). Isso porque o art. 5º, III, da Lei afirma que há violência doméstica em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação e conforme entendimento sumulado do STJ.

Súmula 600-STJ: Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

Ademais, segundo o STJ, é possível aplicar a Lei Maria da Penha para as seguintes situações:

- **FILHO CONTRA A MÃE** (A Lei Maria da Penha aplica-se também nas relações de parentesco. SIM - HC 290.650/MS)
- **FILHA CONTRA A MÃE** (Relembrando que o agressor pode ser também mulher. SIM - HC 277.561/AL)
- **PAI CONTRA A FILHA** (SIM - HC 178.751/RS)
- **NETO CONTRA A AVÓ** (SIM - AgRg no AREsp 1.626.825/GO)
- **IRMÃO CONTRA A IRMÃ** (Obs: ainda que não morem sob o mesmo teto. SIM - Resp 1239850/DF)
- **GENRO CONTRA A SOGRA** (SIM - RHC 50.847/BA)
- **NORA CONTRA A SOGRA** (Desde que estejam presentes os requisitos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade. Ausentes, não se aplica. SIM - HC 175.816/RS)
- **COMPANHEIRO DA MÃE (“PADRASTO”) CONTRA A ENTEADA** (Obs: a agressão foi motivada por discussão envolvendo o relacionamento amoroso que o agressor possuía com a mãe da vítima (relação íntima de afeto). SIM - RHC 42.092/RJ)
- **TIA CONTRA A SOBRINHA** (A tia possuía, inclusive, a guarda da criança (do sexo feminino), que tinha 4 anos. SIM - HC 250.435/RJ)
- **EX-NAMORADO CONTRA A EX-NAMORADA** (Vale ressaltar, porém, que não é qualquer namoro que se enquadra na Lei Maria da Penha. Se o vínculo é eventual, efêmero, não incide a Lei 11.340/06 (CC 91.979-MG). SIM - HC 182.411/RS)
- **FILHO CONTRA O PAI IDOSO** (O sujeito passivo (vítima) não pode ser do sexo masculino. NÃO - RHC 51.481/SC)

Ademais, importante lembrar acerca da hipossuficiência e vulnerabilidade presumidas no caso da violência doméstica e familiar contra a mulher:

Apesar de haver decisões em sentido contrário, prevalece o entendimento de que a hipossuficiência e a vulnerabilidade, necessárias à caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher, são presumidas pela Lei nº 11.340/2006.

A mulher possui na Lei Maria da Penha uma proteção decorrente de direito convencional de proteção ao gênero (tratados internacionais), que o Brasil incorporou

em seu ordenamento, proteção essa que não depende da demonstração de concreta fragilidade, física, emocional ou financeira. Ex: agressão feita por um homem contra a sua namorada, uma Procuradora da AGU, que possuía autonomia financeira e ganhava mais que ele.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 620.058/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/03/2017.

STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1720536/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 04/09/2018.

STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 92.825, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 21/08/2018.

2.3 - Princípios específicos que orientam e disciplinam a teoria das penas

Existem princípios específicos que orientam e disciplinam a teoria das penas e influenciam a aplicação das regras correlatas.

Princípio da legalidade: determina que as penas se submetem à reserva legal, bem como à anterioridade.

Princípio da Anterioridade: preconiza que a pena já deve estar prevista, em lei, ao tempo do crime, para que possa ser aplicada ao agente. Só pode retroagir a lei penal que prevê nova pena se for benéfica ao réu.

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

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de

acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

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

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

Na decisão acima citada, o Min. Fachin sustentou que o STF não está fazendo analogia *in malam partem* ao aplicar a Lei nº 7.716/89 para manifestações homofóbicas ou transfóbicas. No entendimento do Supremo, a CRFB contém expresse comando de punição penal para a discriminação homofóbica e a **extensão prospectiva da lei de discriminação racial, até a edição específica de norma pelo Poder Legislativo, não viola o princípio da anterioridade da lei penal.**

Princípio da Personalidade: determina que as penas não podem passar da pessoa do réu. Também chamado de princípio de intranscendência da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição, que traz exceções à regra. Nos termos da norma constitucional, a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens podem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Princípio da Individualização: a pena deve ser individualizada para cada caso, não podendo o legislador estabelecer uma sanção penal para todos que cometerem determinado crime, nem padronizar a forma de execução.



É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10

a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Para esta situação específica, fica reprimado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

STF. Plenário. RE 979962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/3/2021 (Repercussão Geral – Tema 1003) (Info 1011).

Princípio da Inderrogabilidade: explicita que a pena deve obrigatoriamente ser aplicada, se for cometido um crime ou uma contravenção penal. Como exceções, pode-se apontar o perdão judicial e a transação penal.

Princípio da Proporcionalidade: refere-se à necessidade que as penas observem a legitimidade do fim a que elas visam, à legitimidade da sua forma de aplicação e sua dosimetria, a necessidade das penas, a sua adequação e a proporcionalidade estrita ou ponderação.

Princípio da Humanidade: consiste na vedação a que o legislador adote sanções penais violadoras da dignidade da pessoa humana, atingindo de forma desnecessária a incolumidade físico-psíquica do agente. Previsto no artigo 5º, XLVII, da Constituição, **o princípio da humanidade veda as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e as cruéis.**

É possível considerar o tempo submetido à medida cautelar de recolhimento noturno, aos finais de semana e dias não úteis, supervisionados por monitoramento eletrônico, como tempo de pena efetivamente cumprido, para detração da pena.

Deve-se interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o sentenciado. Isso harmoniza-se com o Princípio da Humanidade, que impõe ao juízo da Execução Penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos.

STJ. 3ª Seção. HC 455.097/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/04/2021 (Info 693).

2.4 - Crime de latrocínio e pluralidade de mortes

A questão do concurso de crimes no caso latrocínio com pluralidade de mortes é alvo de divergência entre o STF e STJ. E, saber sobre o tema é importante porque o crime de latrocínio é um dos mais cobrados em concursos de delegado de polícia.

Vamos entender juntos!

No crime de latrocínio (art. 157, §3º, II do CP), o agente busca a subtração **da coisa**, mesmo que para isso resulte a morte da vítima. Trata-se de **crime hediondo** (art. 1º, II, da Lei 8072/90) e **complexo** (pois resulta da soma de dois outros delitos autônomos, roubo + homicídio = latrocínio).

No crime de latrocínio, a morte ocorre em decorrência de violência empregada durante a execução e em razão do roubo. **Não há latrocínio em decorrência de grave ameaça**, somente violência.

Ademais, nos termos da Súmula 610 do STF, o crime de latrocínio se consuma com o homicídio, ainda que o agente não realize a subtração dos bens da vítima.

Súmula nº 610 do STF: Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

Todavia, há divergência quanto à hipótese de se, em apenas um contexto (unidade de subtração patrimonial) ocorrer mais de uma morte. Diverge-se se há crime único ou pluralidade de infrações.

Em outras palavras, **há divergência para as hipóteses em que ocorre apenas uma subtração patrimonial + duas ou mais mortes**.

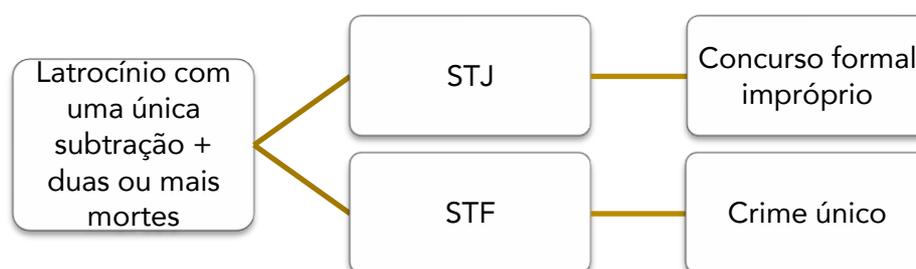
Para o **STJ**, trata-se de **concurso formal impróprio**, pois se o agente, mediante uma única subtração patrimonial, buscou alcançar mais de um resultado morte, há evidência de **desígnios autônomos**, de modo que se deve aplicar a regra do concurso formal impróprio. (STJ, 3ª Seção, AgRg na RvCr 4109)

Por outro lado, para o **STF**, trata-se de **crime único** de latrocínio, devendo as consequências das múltiplas mortes serem apreciadas como circunstâncias judiciais. **O crime de latrocínio é delito complexo, cuja unidade não se altera em razão da diversidade de vítimas fatais**, uma vez que o crime-fim arquitetado foi o de roubo e não o de duplo latrocínio. **É por meio da quantidade de subtrações que se afere a quantidade de roubos**. O número de vítimas (feridas ou ameaçadas numa única subtração) serve apenas na fixação da pena. (STF, 2ª Turma, HC 140.368 AgR)



STJ	STF
Concurso formal impróprio.	Crime único de latrocínio, devendo as consequências serem apreciadas como

	circunstâncias judiciais.
Fundamento: agente que mediante uma única subtração patrimonial buscou alcançar mais de um resultado morte, evidencia desígnios autônomos, de modo que se deve aplicar a regra do concurso formal impróprio. (STJ, 3ª Seção, AgRg na RvCr 4109)	Fundamento: o crime de latrocínio é delito complexo, cuja unidade não se altera em razão da diversidade de vítimas fatais, uma vez que o crime-fim arquitetado foi o de roubo e não o de duplo latrocínio. É por meio da quantidade de subtrações que se afere a quantidade de roubos. O número de vítimas (feridas ou ameaçadas numa única subtração) serve apenas na fixação da pena. (STF, 2ª Turma, HC 140.368 AgR)



2.5 - Teoria da Imputação Objetiva

A teoria da imputação objetiva foi desenvolvida por vários autores, com o escopo de trazer uma análise jurídica, normativa à imputação do resultado ao agente. Nesse sentido, procura abandonar uma concepção apenas naturalística, advinda do conhecimento científico geral e baseada em um dogma causal.

A concepção somente causalista, por exemplo compreende que um engenheiro poderia nos dizer se o resultado foi causado pela forma como o motorista conduzia o carro. Por sua vez, para a imputação objetiva, precisamos verificar se a forma pela qual se dirigia o veículo produziu um risco não permitido, o que, portanto, pressupõe uma avaliação normativa.

Ainda, importante apontar breve comentário sobre uma divergência doutrinária existente sobre o tema.

- Há autores que entendem que a imputação objetiva substitui as teorias da causalidade (teoria da equivalência das condições e teoria da causalidade adequada), que se baseiam no dogma causal (a imputação ao resultado depende de uma relação de causa e efeito), pela ideia do risco não permitido (Damásio de Jesus e Ramírez).

- Outros autores tratam da causalidade dentro da imputação objetiva. Assim, a relação de causalidade seria um elemento da imputação objetiva (Jakobs e Frisch, que parece ser seguida por Sanches Cunha).
- Existe, ainda, a posição de que a causalidade é um pressuposto da imputação objetiva, de modo que, após constatado o nexo de causalidade, deve-se analisar se há imputação objetiva (Roxin e parece ser a posição de Nucci). **É a posição que parece prevalecer atualmente no Brasil.**

A última posição, e a dominante no Brasil, foi desenvolvida, no Direito Civil, pelo jurista Karl Larenz e posteriormente levada ao Direito Penal por Richard Honig. Ela busca corrigir as deficiências das demais teorias e estabelecer um método para definição do nexo causal entre a conduta do agente e o resultado típico.

A ideia central da imputação objetiva é considerar causa de um resultado típico o comportamento do agente que demonstre um risco proibido ao bem jurídico tutelado, além de trazer um conteúdo jurídico para a imputação do resultado ao autor.

A teoria da imputação objetiva busca dar ao nexo causal um conteúdo jurídico, e não só naturalístico. Não basta analisar o antecedente no modo das ciências exatas, da lei de causa e efeito. Desse modo, a análise dos antecedentes causais não deve se limitar a verificar se o antecedente foi necessário para a produção do resultado (pela eliminação hipotética da *conditio sine qua non*, por exemplo). É imprescindível que se analise também o conteúdo jurídico do antecedente.

Conforme prevalece atualmente, a **causalidade é o seu pressuposto**, ou seja, analisamos antes da imputação objetiva, como requisito para sua verificação.

A teoria da imputação objetiva **exige que a conduta crie um risco proibido para a produção do resultado**. Porém, não é todo risco que enseja a responsabilidade penal, como por exemplo o sujeito presentear seu inimigo com uma experiência de *bungee jumping*. No caso de seu eventual falecimento, em decorrência da prática esportiva, não pode ensejar a responsabilização do sujeito por sua conduta. Isto porque o risco de referida atividade esportiva é permitido socialmente, o que afasta a imputação do resultado ao sujeito.

Em razão do exposto acima, só pode ser imputado a alguém o resultado que esteja na linha de desdobramento normal da sua conduta, não sendo possível a responsabilização penal por um comportamento socialmente aceito como permitido. Dessa forma, não se pode imaginar que um indivíduo receba uma sanção penal por ter espirrado, sem imaginar que havia contraído COVID-19, antes mesmo do surto, por exemplo, e, assim haja transmitido o vírus para outrem, sem que tenha feito nada fora do habitual.

Claus Roxin, defensor do funcionalismo teleológico, é um dos penalistas que mais desenvolveram a teoria. Com base na obra dele, podemos dividir a imputação objetiva em três passos:



1. Um resultado causado pelo agente só pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta, por ele praticada, haja **criado um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido**;

2. Esse **perigo deve ter se realizado no resultado concreto**;

3. Entretanto, excepcionalmente **pode desaparecer a imputação se a abrangência da norma incriminadora não alcança determinados perigos e suas repercussões** (âmbito de abrangência da norma). É a análise da finalidade da norma.

Cuidado! Para muitos doutrinadores, esse último passo não deve ser aplicado, já que os casos podem ser resolvidos com os dois anteriores. **Günther Jakobs** só exige os dois primeiros planos para a imputação objetiva, entendimento seguido pela maior parte dos autores.

2.6 - A mudança da ação penal no crime de Estelionato promovida pelo “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019)

Até a entrada em vigor do "**Pacote Anticrime**", o estelionato era crime de ação penal pública incondicionada, **salvo** se presente uma das hipóteses do art. 182 do Código Penal, quando se transformava em ação penal pública condicionada à representação. Com a entrada em vigor de tal Pacote, a espécie de ação penal em relação a tal delito foi alterada. Confira o disposto no art. 171, § 5º, do Código Penal:

Estelionato

"Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

(...)

§ 5º **Somente se procede mediante representação**, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz".

Portanto, atualmente, a regra é a ação penal pública condicionada à representação.



Qual é a ação penal no caso do crime de Estelionato?

Antes do "Pacote Anticrime"

Regra: Ação Penal Pública ***Incondicionada***

Exceções: art. 182 do Código Penal (Ação Penal Pública ***Condicionada à Representação***)

Depois do "Pacote Anticrime"

Regra: Ação Penal Pública ***Condicionada à Representação***

Exceções: será Ação Penal Pública ***Incondicionada*** quando a vítima for:

- a) a Administração Pública, direta ou indireta;
- b) criança ou adolescente;
- c) pessoa com deficiência mental;
- d) maior de **70 anos** de idade ou incapaz.

Essa mudança é mais favorável ou prejudicial aos autores do crime de Estelionato? **Mais favorável**, considerando que agora existe, como regra, uma nova condição para que o Ministério Público possa ajuizar a ação penal contra o autor do estelionato: a representação da vítima⁴.

Essa norma que alterou a espécie de ação penal no Estelionato tem natureza de direito material, de direito processual ou híbrida? **Híbrida**, ou seja, é uma norma de *direito processual penal* que, no entanto, também apresenta efeitos *materiais* (efeitos que influenciam no direito penal). Isso porque lei que dispõe sobre o *tipo de ação penal aplicável* a cada crime possui influência direta no *jus puniendi* (direito de punir do Estado), pois interfere nas causas de extinção da punibilidade (como a decadência e a renúncia ao direito de queixa). Logo, a lei que disciplina a espécie de ação penal possui também efeito material.

Essa norma, sendo híbrida, é retroativa? **SIM**, pois beneficia o réu. As leis híbridas, como possuem reflexos penais, recebem o mesmo tratamento que as normas *penais* no que tange à sua aplicação no tempo, isto é, só retroagem para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP). Desse modo, como o § 5º do art. 171 do Código Penal apresenta caráter híbrido (norma mista) e, além disso, é mais favorável ao autor do fato, **tem** caráter retroativo.

Essa mudança na ação penal do crime de Estelionato retroage para alcançar os processos penais que já estavam em curso? **Depende**. Há divergência jurisprudencial.

Aliás, Renato Brasileiro⁵ já previa essa divergência ao comentar que "*a mudança da espécie de ação penal em questão deverá provocar grande controvérsia, seja quanto aos processos criminais cuja denúncia ainda não tenha sido oferecida até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 (23/01/2020), seja quanto aos processos criminais que já estivessem em andamento*".

Vejamos, então, de que forma se posicionam os Tribunais Superiores.

⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A mudança na ação penal do crime de estelionato, promovida pela Lei 13.964/2019, retroage para alcançar os processos penais que já estavam em curso?*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/fca758e52635df5a640f7063ddb9cdcb>>. Acesso em: 19/10/2021.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 - Artigo por Artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 72.

O entendimento do STJ e da 1ª Turma do STF

De acordo com o entendimento do *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) e da 1ª Turma do *Supremo Tribunal Federal* (STF), a norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal **não retroage** aos processos **cuja denúncia já foi oferecida**. Por outro lado, tal norma **retroage** em todas as hipóteses onde **ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público**, independentemente do momento da prática da infração penal. Observe:

A exigência de representação da vítima no crime de estelionato **não retroage** aos processos cuja denúncia já foi oferecida.

STJ. 3ª Seção. HC 610201/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/03/2021 (Info 691).

Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa **será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público**, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do art. 2º, do CPP, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.

Assim, é inaplicável a retroatividade do §5º do art. 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

Em suma, a nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prossequibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

STF. 1ª Turma. HC 187341, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/10/2020.

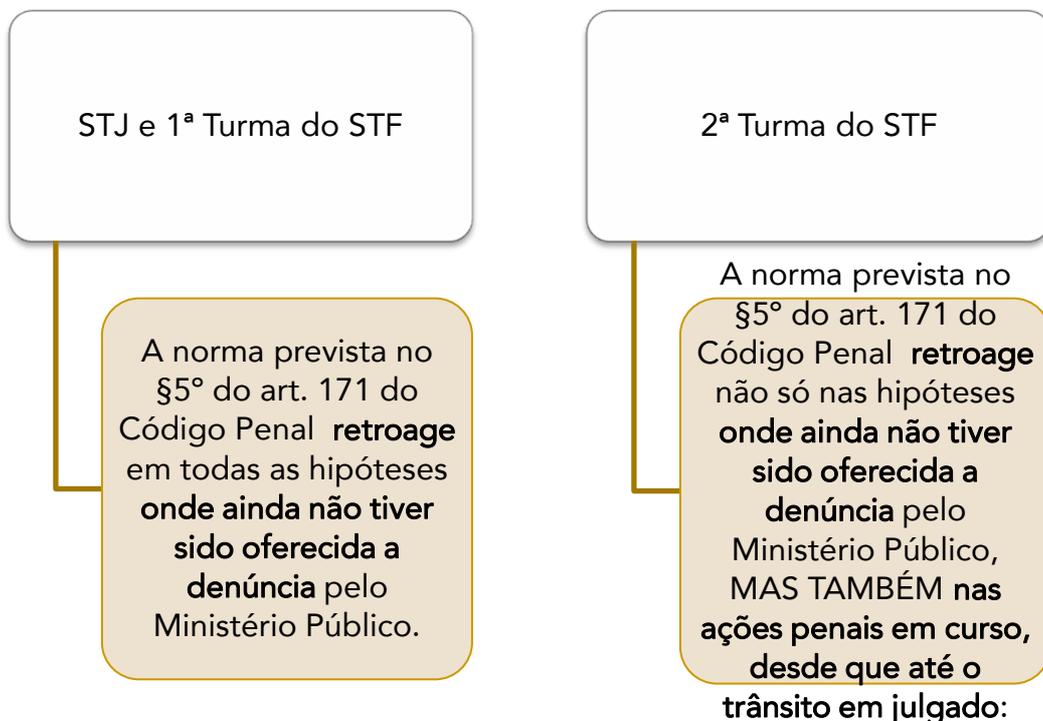
O entendimento da 2ª Turma do STF

Já de acordo com o entendimento mais recente, da 2ª Turma do STF, a norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal **retroage**, de forma a abranger tanto as **ações penais não iniciadas** quanto as **ações penais em curso até o trânsito em julgado**:

A alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, que introduziu o § 5º ao art. 171 do Código Penal, ao condicionar o exercício da pretensão punitiva do Estado à

representação da pessoa ofendida, deve ser aplicada de forma retroativa a abranger tanto as ações penais não iniciadas quanto as ações penais em curso até o trânsito em julgado.

STF. 2ª Turma. HC 180421 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/6/2021 (Info 1023).



2.7 - Conflito Aparente de Normas

Ocorre o conflito aparentemente de normas quando para um mesmo fato existem uma pluralidade de normas previstas.

Diz que o conflito é aparente pois, ao final, apenas uma norma será aplicada à hipótese.

A doutrina apresenta alguns princípios que visam sanear o conflito aparente de normas e determinar qual norma deve ser aplicada: **especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade.**



ESCLARECENDO!

A solução do conflito (aparente) é realizada em respeito a característica sistemática do nosso ordenamento jurídico, visando evitar a incidência simultânea de duas normas para um mesmo fato.

Vejamos cada um desses princípios:

1. Especialidade (lei especial derroga lei geral).

De acordo com este princípio a norma especial deve prevalecer quando em conflito com a norma geral.

De acordo com o art. 12 do Código Penal:

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Considera-se especial, uma norma penal, em relação a outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes, acrescentando elemento próprio a descrição típica prevista em norma geral (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Editora Saraiva). Em outras palavras, a **norma especial é aquela que reúne todas as características da norma geral, acrescida de outras que a tornam distinta e mais precisa (com outros elementos individualizantes)**.

É o caso, por exemplo, do **infanticídio** (art. 123 do CP), que reúne todos os elementos do homicídio (art. 121 do CP), acrescido de elementos especializantes: *“sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.”* Dessa forma, aquela que logo após o parto, sob influência de estado puerperal, mata o próprio filho, responderá pelo crime de infanticídio (mais específico para esse exemplo do que o tipo penal do homicídio).

Do exemplo acima, podemos perceber que pouco importa qual o tipo penal mais grave, basta que seja mais específico ao caso concreto para ser aplicado.

2. Subsidiariedade

Norma primária prevalece sobre a norma subsidiária.

Primeiramente, o intérprete tentará aplicar a norma primária ao caso concreto, somente se não for possível, será aplicada a norma subsidiária. É o que Nelson Hungria chamava de **Soldado de Reserva**.

Se no princípio da especialidade a relação é de espécie e gênero, na subsidiariedade a relação é maior ou de menor gravidade.

A subsidiariedade pode ser **tática** (delito de menor gravidade cede diante de um delito de maior gravidade) ou **expressa** (a própria lei anuncia que uma norma é subsidiária da outra e indica qual deve ser aplicada). Vejamos o exemplo do art. 307 do CP:

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, **se o fato não constitui elemento de crime mais grave.**

Dessa forma, se o fato atribuir-se falsa identidade constituir elemento de um crime mais grave, o tipo penal do art. 307 do CP não será aplicado.



De acordo com o STJ, o sujeito que além de fazer parte de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas), atuava também como informante (art. 37 da Lei de Drogas), responderá apenas pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas (associação para o tráfico), em respeito ao princípio da subsidiariedade. STJ. 5ª Turma. HC 224849-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/6/2013 (Info 527).

3. **Consumção (absorção)**

Ocorre quando uma norma (consumida) é uma fase de realização de outra norma mais ampla (consuntiva). **A relação é entre parte (norma consumida) e todo (norma consuntiva).**

Vejamos algumas situações em que o conflito é resolvido pelo princípio da absorção.

a. **Crime progressivo**

O agente, com o dolo desde o início de praticar um crime mais grave, pratica diversos atos que constituem crimes isolados, mas que ao final são absorvidos pelo crime mais grave. Ex.: Para consumir o crime de homicídio, o agente lesiona (lesão corporal) a vítima diversas vezes.

b. **Progressão criminosa**

O agente inicialmente deseja praticar um crime menor, depois de consumir esse crime, muda de ideia e pratica o crime de maior gravidade. No mesmo exemplo anterior, o agente desejava apenas lesar a vítima, após consumir a lesão corporal, resolve matá-la. Nessa hipótese, o agente também só responderá pelo homicídio.

c. Fato anterior não punível (antefactum impunível)

Um fato anterior (menos grave) é praticado como meio necessário para realizar outro posterior (mais grave). Exemplo: o agente, para realizar o crime de estelionato, falsifica determinado documento. Nesse sentido, só responderá pelo crime de estelionato. Vejamos o que diz a súmula 17 do STJ: o crime de falso é absorvido pelo estelionato quando nele se exaurir.

d. Fato posterior não punível (postfactum impunível)

Um fato praticado é considerado mero exaurimento de um crime principal anteriormente praticado. Ex.: Após o furto, o agente destrói a coisa. O crime de dano será considerado um postfactum impunível.



JURISPRUDÊNCIA

Vejamos algumas hipóteses de (in)aplicação do princípio da consunção na jurisprudência dos tribunais superiores:

Em regra, o crime do art. 33 da Lei de Drogas (Tráfico de Drogas) absorve o crime do art. 34 da mesma lei (Tráfico de Maquinário), exceto quando o maquinário for de grande quantidade e possuir lesividade autônoma para violar outro bem jurídico. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 303213-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 8/10/2013 (Info 531).

Se após o roubo de um veículo automotor o agente utiliza um talonário de cheques que estava dentro do carro para praticar estelionato, o delito de estelionato não será absorvido pelo de roubo (não se trata de mero exaurimento) em razão de existirem desígnios e bens jurídicos diversos. STJ. 5ª Turma. HC 309939-SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), julgado em 28/4/2015 (Info 562).

Quando praticados no mesmo contexto fático, o crime de edificação proibida (art. 64 da Lei de Crimes Ambientais - 9.605/98) absorve o crime de destruição de vegetação (previsto no art. 48 da mesma lei). STJ. 6ª Turma. RHC 130.332/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 15/09/2020.

Em regra, não há consunção quando há armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infantil. Exceção é quando as duas condutas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas. STJ. 6ª Turma. REsp 1579578-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 04/02/2020 (Info 666).

Vejamos como o assunto foi cobrado em provas de concurso para o cargo de Juiz:

(Ano: 2019 Banca: CESPE / CEBRASPE Órgão: TJ-PA Prova: CESPE - 2019 - TJ-PA - Juiz de Direito Substituto.)

Para se vingar de uma agressão pretérita, João, maior de idade, com vontade livre e consciente de matar, efetuou disparos de arma de fogo contra Pedro. Tendo se certificado de que apenas um projétil havia atingido Pedro, em local não letal, e de que ele ainda estava vivo, João, então, efetuou mais dois disparos. Esse dois disparos foram letais, e o homicídio se consumou. João possuía o porte e a posse legal da arma utilizada.

Considerando essa situação, assinale a opção correta.

A - Trata-se de um crime progressivo, pois João praticou vários atos, tendo passado de um crime menos grave para outro de maior gravidade.

B - Em razão do princípio da consunção, que será aplicado ao caso, João responderá unicamente pelo homicídio.

C - O crime praticado por João é classificado como crime complexo.

D - João praticou duas condutas típicas e autônomas, pois dois bens jurídicos foram violados em um só contexto fático.

E - Em razão do princípio da subsidiariedade, João responderá apenas pelo crime de homicídio.

Comentários

A alternativa correta é a letra B. Será aplicado o princípio da consunção e a primeira conduta não letal (tentativa de homicídio) será absorvida pela segunda (homicídio consumado).

4. Princípio da alternatividade

Uma norma descreve várias formas (núcleos do tipo) para a consumação do delito. A realização de qualquer desses núcleos do tipo já configura o crime consumado. É o que se chama de **tipo misto alternativo**, crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado.

Na alternatividade a consunção se opera dentro de um mesmo tipo penal. Por isso, parte da doutrina entende não se tratar de conflito de normas pois as condutas puníveis estão presentes dentro da mesma norma.

A prática de mais de um núcleo do tipo não constitui mais de um crime, mas poderá ser considerada para fins de dosimetria da pena.

O exemplo clássico da doutrina é o crime do art. 33 da Lei de Drogas (Tráfico de Drogas), a realização de quaisquer dos verbos já é suficiente para consumir o crime.

Art. 33. 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.

Vejamos alguns exemplos apontados pela jurisprudência:



JURISPRUDÊNCIA

- O crime do art. 240 do ECA é um tipo penal misto alternativo. STJ. 5ª Turma. PExt no HC 438080-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/08/2019 (Info 655).
- A conduta consistente em praticar qualquer uma ou todas as modalidades descritas nos incisos I a V do art. 1 da Lei nº 8.137/90 (crime misto alternativo) conduz à consumação de crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo, pouco importando se atingidos um ou mais impostos ou contribuições sociais. (REsp 1294687/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013).
- A alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não descriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do Código Penal, mas apenas a deslocou para o art. 213 do Estatuto Repressivo, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor).
Todavia, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de crime único não implica em desconsideração absoluta da conduta referente à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devendo tal conduta ser valorada na dosimetria da pena aplicada ao crime de estupro.
(HC 212.305/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014)

Quadro resumo:

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Ocorre o conflito aparente de normas quando para um mesmo fato existem uma pluralidade de normas previstas.

Vejamos cada um desses princípios:

1. Especialidade (lei especial derroga lei geral).

De acordo com este princípio a norma especial deve prevalecer quando em conflito com a norma geral.

Pouco importa qual o tipo penal mais grave, basta que seja mais específico ao caso concreto para ser aplicado.

2. Subsidiariedade

Norma primária prevalece sobre a norma subsidiária.

Primeiramente, o intérprete tentará aplicar a norma primária ao caso concreto, somente se não for possível, será aplicada a norma subsidiária. É o que Nelson Hungria chamava de Soldado de Reserva.

Se no princípio da especialidade a relação é de espécie e gênero, na subsidiariedade a relação é maior ou de menor gravidade.

Sujeito que além de fazer parte de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas), atuava também como informante (art. 37 da Lei de Drogas), responderá apenas pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas (associação para o tráfico), em respeito ao princípio da subsidiariedade.

3. Consunção (absorção)

Ocorre quando uma norma (consumida) é uma fase de realização de outra norma mais ampla (consuntiva). A relação é entre parte (norma consumida) e todo (norma consuntiva).

a. Crime progressivo

O agente, com o dolo desde o início de praticar um crime mais grave, pratica diversos atos que constituem crimes isolados, mas que ao final são absorvidos pelo crime mais grave.

b. Progressão criminosa

O agente inicialmente deseja praticar um crime menor, depois de consumir esse crime, muda de

ideia e pratica o crime de maior gravidade.

c. Fato anterior não punível (antefactum impunível)

Um fato anterior (menos grave) é praticado como meio necessário para realizar outro posterior (mais grave).

d. Fato posterior não punível (postfactum impunível)

Um fato praticado é considerado mero exaurimento de um crime principal anteriormente praticado.

- Em regra, o crime do art. 33 da Lei de Drogas (Tráfico de Drogas) absorve o crime do art. 34 da mesma lei (Tráfico de Maquinário), exceto quando o maquinário for de grande quantidade e possuir lesividade autônoma para violar outro bem jurídico.
- Se após o roubo de um veículo automotor o agente utiliza um talonário de cheques que estava dentro do carro para praticar estelionato, o delito de estelionato não será absorvido pelo de roubo (não se trata de mero exaurimento) em razão de existirem desígnios e bens jurídicos diversos.
- Quando praticados no mesmo contexto fático, o crime de edificação proibida (art. 64 da Lei de Crimes Ambientais - 9.605/98) absorve o crime de destruição de vegetação (previsto no art. 48 da mesma lei).
- Em regra, não há consunção quando há armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infantil. Exceção é quando as duas condutas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas.

4. Princípio da alternatividade

Uma norma descreve várias formas (núcleos do tipo) para a consumação do delito. A realização de qualquer desses núcleos do tipo já configura o crime consumado. É o que se chama de tipo misto alternativo, crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. Na alternatividade a consunção se opera dentro de um mesmo tipo penal.

A prática de mais de um núcleo do tipo não constitui mais de um crime, mas poderá ser considerada para fins de dosimetria da pena.

- O crime do art. 240 do ECA é um tipo penal misto alternativo.
- A conduta consistente em praticar qualquer uma ou todas as modalidades descritas nos incisos I a V do art. 1 da Lei nº 8.137/90 (crime misto alternativo) conduz à consumação de crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo, pouco importando se atingidos um ou mais impostos ou contribuições sociais.
- A alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não descriminalizou a conduta

prevista na antiga redação do art. 214 do Código Penal, mas apenas a deslocou para o art. 213 do Estatuto Repressivo, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor).

Todavia, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de crime único não implica em desconsideração absoluta da conduta referente à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devendo tal conduta ser valorada na dosimetria da pena aplicada ao crime de estupro.

3 - DIREITO PROCESSUAL PENAL

3.1 - Encontro fortuito de provas

Um dos princípios que regem a sistemática processual é o da inadmissibilidade das provas ilícitas. Vejamos o que diz o **Art. 5, LVI, da CF/88 - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos**. Por outro lado, o CPP traz o Art. 157:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A Teoria do encontro fortuito de provas surge na escala das teorias que afastam a prova ilícita por derivação. A inadmissibilidade da prova ilícita por derivação é também conhecida como "Teoria Dos Frutos Da Árvore Envenenada" (*fruits of the poisonous tree*). Para essa teoria, são

consideradas ilícitas também as provas que são derivadas das ilícitas, tal aplicação visa desestimular a produção de provas ilícitas. O nome decorre basicamente da ideia de que uma árvore envenenada (prova inicial) contaminaria os seus frutos (provas derivadas).

O encontro fortuito de provas surge como uma mitigação ou flexibilização da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Assim, não é considerada ilícita uma prova obtida de forma fortuita se a surgiu de forma inesperada no transcorrer de uma investigação.

O encontro fortuito de provas é também conhecido como *crime achado* ou *serendipidade*. Esse encontro, por sua vez, encontra outras divisões como encontro fortuito de provas de 1º grau e de 2º grau. Antes de aprofundarmos no tema, vamos analisar do que se trata o encontro fortuito de provas.



O encontro fortuito de provas ocorre quando no decorrer de uma diligência investigativa surge uma nova prova que não estava na linha de desdobramento lógico e esperado de tal diligência. Ou seja, quando no andamento de uma investigação, surge, inesperadamente (por isso fortuito) uma prova ou elemento de informação que não estava dentro da expectativa processual. Por exemplo, suponhamos que durante uma investigação que visa apurar tráfico de drogas o juiz determine o cumprimento de um mandado de busca e apreensão domiciliar, durante a diligência, os policiais encontram armas e munições em posse do investigado. Nesse caso, a investigação estava direcionada a apurar a ocorrência de tráfico de drogas, o surgimento da arma e das munições ocorreu de forma fortuita (inesperada, não prevista). Nessa situação, qual providenciar deverá ser tomada em relação as armas e munições?

É nesse contexto que surge a aplicação e os desdobramentos do encontro fortuito de provas.

Vejamos como o assunto foi cobrado em provas de delegado de polícia:

Ano: 2017 Banca: IBADE Órgão: PC-AC Prova: IBADE - 2017 - PC-AC - Delegado de Polícia Civil

No curso de uma interceptação telefônica que apurava a prática dos crimes de associação para o tráfico, bem como o crime de tráfico de drogas, foi descoberto que os mesmo criminosos também eram responsáveis por diversos outros crimes na região, como homicídios e roubos. Este encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos delituosos é denominado pela doutrina e jurisprudência como Teoria da(o):

A - nexos causal atenuado.

B - fonte independente.

C - serendipidade

D - exceção da descoberta inevitável

E - aparência.

Gabarito: A alternativa correta é a letra C.

Vejamos o que diz o **STF** sobre a matéria:

DIREITO PROCESSUAL PENAL: PROVA

Crime achado e justa causa

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, indeferiu ordem de “habeas corpus” em que se discutia a ilicitude de provas colhidas mediante interceptação telefônica durante investigação voltada a apurar delito de tráfico internacional de drogas.

No caso, o juízo de origem determinou a prisão preventiva do paciente em razão da suposta prática de homicídio qualificado. O impetrante sustentou a ilicitude das provas colhidas, a inépcia da denúncia e a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

O Colegiado afirmou que a hipótese dos autos é de crime achado, ou seja, infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. A interceptação telefônica, apesar de investigar tráfico de drogas, acabou por revelar crime de homicídio. Assentou que, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deve ser considerada lícita. Ressaltou, ainda, que a interceptação telefônica foi autorizada pela justiça, o crime é apenado com reclusão e inexistiu o desvio de finalidade.

No que se refere à justa causa, considerou presente o trinômio que a caracteriza: tipicidade, punibilidade e viabilidade. A tipicidade é observada em razão de a conduta ser típica. A punibilidade, em face da ausência de prescrição. E a viabilidade, ante a materialidade, comprovada com o evento morte, e a autoria, que deve ser apreciada pelo tribunal do júri.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que deferiu a ordem. Pontuou não haver justa causa e reputou deficiente a denúncia ante a narração do que seria a participação do paciente no crime.

HC 129678/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, 13.6.2017. (HC-129678).

Assim sendo, o entendimento dos tribunais superiores é no sentido de ser cabível o encontro fortuito de provas, podendo, a nova prova “achada” vir a ser utilizada nas investigações.



Como funciona a utilização dessa nova prova *achada/derivada* das investigações? A utilização pode vir a ocorrer dentro do mesmo processo, dentro do mesmo ramo do direito ou até mesmo em outro. Por exemplo, se durante uma interceptação telefônica:

- As autoridades tomam conhecimento de um outro crime punido com pena de detenção. Ora, sabemos que a Lei 9.296/96 prevê que para ser decretada a medida de interceptação telefônica um dos requisitos é que se trate de infração penal punida com pena de reclusão. Nesse caso, entende os tribunais superiores, que o novo crime *achado* ainda que punido com pena de detenção, poderá vir a ser processado normalmente, utilizando-se de prova colhida no crime inicialmente punido com pena de detenção. Exemplo: Durante a investigação de um homicídio (reclusão), nas interceptações telefônicas encontra-se fortuitamente a ocorrência de crimes de lesão corporal (detenção).

Esse é o entendimento do AgRg no REsp nº 1.717.551/PA, julgado em 24/05/2018.

- Se durante uma interceptação telefônica toma-se conhecimento de uma **infração administrativa cometida por servidor público**. Nesse caso, as informações colhidas na investigação criminal podem vir a ser utilizadas em outros ramos do direito. Não é cabível quebra de sigilo das comunicações telefônicas em processo administrativo, mas uma vez determinado a sua quebra em processo penal, as provas e informações dali resultantes, podem vir a ser utilizadas em processos de outros ramos do direito. O que não é permitido é se iniciar uma interceptação telefônica para apurar fatos civis e administrativos.

- Se surgirem novos fatos em relação a autoridade com prerrogativa de foro, é preciso que o fato seja suficiente para demonstrar o envolvimento da autoridade para que seja encaminhado ao foro competente. Do contrário, a simples conversa telefônica com autoridade detentora de foro não enseja a remessa dos autos ao tribunal competente. STJ. 6ª Turma. HC 307.152-GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/11/2015 (Info 575).
- **Se os fatos não guardarem relação com o que está sendo investigado? Surge o que a doutrina chama de encontro fortuito de provas de 1º grau e de 2º grau.**

Encontro fortuito de provas de 1º e de 2º grau.

A doutrina costuma dividir encontro fortuito de provas em 1º e 2º grau a depender da relação existente entre a prova achada (fortuita) e a prova inicialmente buscada (prova que norteia a investigação). De antemão, informo que não há unanimidade na doutrina a respeito do tema, alguns doutrinadores entendem, inclusive, que tal diferenciação não é cabível. Para os que admitem essa diferença, a temática é importante pois a depender do grau a prova assume a natureza de elemento de informação ou tecnicamente de prova.

a. Encontro fortuito de 1º grau.

Ocorre quando no curso de uma investigação encontra-se fortuitamente uma prova que guarda relação lógica com aquilo que vem sendo investigado. A prova fortuita possui pertinência com o objeto da investigação.

Por exemplo, no curso de uma investigação que apura fraude em licitação no contrato x da pasta da secretaria de saúde da prefeitura é cumprida um mandado de busca e apreensão domiciliar, no local, são encontrados documentos evidenciando crimes em outros contratos licitatórios. Nesse caso, estamos diante de um encontro fortuito de primeiro grau, a prova achada/fortuita/encontrada decorre diretamente e guarda relação com os fatos inicialmente investigados.

Para a doutrina que admite a distinção entre 1º e 2º grau, os documentos apreendidos na busca e apreensão podem ser valorados pelo juiz como prova.

b. Encontro fortuito de 2º grau.

Se manifesta quando durante uma investigação surgem novas provas que não guardam relação direta com o objeto da investigação inicial.

Por exemplo, no cumprimento de uma interceptação telefônica que apura homicídios praticados por grupo de extermínio são levantadas informações a respeito de prática de extração ilegal de madeira.

Nesse caso, para a doutrina que admite essa distinção, as informações relacionadas a prática da extração ilegal de madeira são consideradas de encontro fortuito de 2º grau. Consequência disso é que essa informação servirá apenas como *notitia criminis* para apuração desses fatos em outra investigação.



O STF não costuma fazer essa distinção entre 1º e 2º grau. Logo, independentemente de os fatos estarem ligados a outras pessoas ou a outros crimes (como no caso de reclusão e detenção nas interceptações telefônicas) as provas podem vir a ser valoradas pelo juiz.

Vejamos como o assunto já foi cobrado em provas de concurso para o cargo de Delegado de Polícia:

Ano: 2016 Banca: FUNCAB Órgão: PC-PA

Analise as afirmativas a seguir.

I - Durante a interceptação telefônica, a descoberta de autoria, coautoria ou participação relativamente a fato investigado que originou a quebra do sigilo das comunicações reputa-se “conhecimento de investigação” e, portanto, constitui prova admissível.

II - No âmbito da busca domiciliar, os conhecimentos fortuitos, assim considerados, as informações relativas a fato criminoso inteiramente estranho ao fato investigado, ressalvada a limitação quanto ao tipo de ação penal do crime fortuitamente descoberto, podem ser utilizados na persecução penal.

III – Os conhecimentos fortuitos, assim considerados as informações sobre fato criminoso que não guardam relação de conexão e continência com o fato objeto de investigação, quando advindos no bojo da interceptação telefônica, só serão admissíveis quando o crime descoberto fortuitamente for punido no mínimo com detenção.

Está correto apenas o que se afirma em:

Alternativas

A - I

B - III

C - II

D - I e III

E - I e II

Gabarito: A alternativa correta é a letra E.



Em que pese não ser objeto de aprofundamento neste material, acrescento que existem outras Teorias que também flexibilizam e mitigam a Teoria dos Frutos da Árvore envenenada (inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas). Algumas delas já adotadas no ordenamento jurídico brasileiro e outras que decorrem exclusivamente do direito comparado, a saber: Teoria da Fonte Independente, Teoria da Descoberta Inevitável, Teoria da Limitação da Mancha Purgada, Teoria da Exceção da Boa-Fé etc.

Bom pessoal, tratamos do encontro fortuito de provas no direito processual penal, suas consequências para o processo de acordo com a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores. O tema tem relevância e já foi cobrado em provas para o cargo de delegado de polícia, inclusive em segunda fase (subjativa).

Resumo:

ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Previsão no CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº

11.690, de 2008)

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O encontro fortuito de provas surge como uma mitigação ou flexibilização da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Assim, não é considerada ilícita uma prova obtida de forma fortuita se a surgiu de forma inesperada no transcorrer de uma investigação.

O entendimento dos tribunais superiores é no sentido de ser cabível o encontro fortuito de provas, podendo, a nova prova "achada" vir a ser utilizada nas investigações.

Poderá ocorrer:

Se durante uma interceptação telefônica toma-se conhecimento de uma infração administrativa cometida por servidor público

As autoridades tomam conhecimento de um outro crime punido com pena de detenção.

Se surgirem novos fatos em relação a autoridade com prerrogativa de foro

a. Encontro fortuito de 1º grau.

Ocorre quando no curso de uma investigação encontra-se fortuitamente uma prova que guarda relação lógica com aquilo que vem sendo investigado. A prova fortuita possui pertinência com o objeto da investigação.

b. Encontro fortuito de 2º grau.

Se manifesta quando durante uma investigação surgem novas provas que não guardam relação direta com o objeto da investigação inicial.

O STF não costuma fazer essa distinção entre 1º e 2º grau. Logo, independentemente de os fatos estarem ligados a outras pessoas ou a outros crimes (como no caso de reclusão e detenção nas interceptações telefônicas) as provas podem vir a ser valoradas pelo juiz.

3.2 - Espécies de prisão em flagrante

ESCLARECENDO!



O Art. 302 do Código de Processo Penal traz as hipóteses em que uma pessoa pode ser presa em flagrante.

O delegado de polícia deve ter muita atenção quando da lavratura do APF uma vez que determinada ocorrência embora configure prática criminosa, não representa situação flagrancial para o preso.

Vejamos o que diz o art. 302 do CPP (rol taxativo):

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Caso a conduta não se amolde nas hipóteses do art. 302 do CPP, deve haver relaxamento da prisão.



Espécies de prisão em flagrante:

1. Flagrante próprio/perfeito

O sujeito está cometendo a infração penal (art. 302, I, do CPP) ou acaba de cometê-la (art. 302, II, do CPP). O agente é surpreendido praticando núcleo do tipo penal ou logo após de praticar.

2. Flagrante impróprio/imperfeito/quase-flagrante

O agente é perseguido logo após praticar o crime e encontrado em situação que se faça presumir ser o autor do delito (art. 302, III, do CPP).

O lapso temporal da expressão “logo após” pode ser aumentado a depender da natureza e circunstâncias em que o crime foi praticado. A perseguição deve ser ininterrupta e continua e pode perdurar por várias horas ou até mesmo dias.

3. Flagrante presumido/ficto

O sujeito é preso logo após a prática do crime e surpreendido com instrumentos, armas, objetos ou papeis que se façam presumir ser ele o autor da infração (a lei não exige que haja perseguição).

- Cumpre registrar que o **flagrante ESPERADO é legal**, uma vez que os policiais não induzem nem provocam a prática do crime (diferentemente do flagrante preparado).
- **Flagrante forjado**: o cenário do crime é criado pelos próprios policiais para incriminar o sujeito.



➤ Recomendo a leitura da edição n. 120 da jurisprudência em teses do STJ em que foi publicado 11 teses sobre a prisão em flagrante: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

Vejamos como o assunto foi cobrada na prova para o cargo de Delegado da PF:

Ano: 2018 Banca: CESPE / CEBRASPE Órgão: Polícia Federal Prova: CESPE - 2018 - Polícia Federal - Delegado de Polícia Federal

Acerca de prisão, de liberdade provisória e de fiança, julgue o próximo item de acordo com o entendimento do STF e a atual sistemática do Código de Processo Penal.

Situação hipotética: A polícia foi informada da possível ocorrência de crime em determinado local. Por determinação da autoridade policial, agentes se dirigiram ao local e aguardaram o desenrolar da ação criminosa, a qual ensejou a prisão em flagrante dos autores do crime quando praticavam um roubo, que não chegou a ser consumado. Foi apurado, ainda, que se tratava de conduta oriunda de grupo organizado para a prática de crimes contra o patrimônio. Assertiva: Nessa situação, o flagrante foi lícito e configurou hipótese legal de ação controlada.

Comentários

Gabarito: A questão está errada. O enunciado não traz os requisitos que indiquem aplicação da Lei de Organização Criminosa e, conseqüentemente, de ação controlada. O enunciado descreve o que a doutrina classifica como flagrante esperado.

Quadro resumo:

Espécies de prisão em flagrante

O Art. 302 do Código de Processo Penal traz as hipóteses em que uma pessoa pode ser presa em flagrante.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Espécies de prisão em flagrante:

1. Flagrante próprio/perfeito

O sujeito está cometendo a infração penal (art. 302, I, do CPP) ou acaba de cometê-la (art. 302, II, do CPP). O agente é surpreendido praticando núcleo do tipo penal ou logo após de praticar.

2. Flagrante impróprio/imperfeito/quase-flagrante

O agente é perseguido logo após praticar o crime e encontrado em situação que se faça presumir ser o autor do delito (art. 302, III, do CPP).

O lapso temporal da expressão "logo após" pode ser aumentado a depender da natureza e circunstâncias em que o crime foi praticado. A perseguição deve ser ininterrupta e continua e pode perdurar por várias horas ou até mesmo dias.

3. Flagrante presumido/ficto

O sujeito é preso logo após a prática do crime e surpreendido com instrumentos, armas, objetos ou papéis que se façam presumir ser ele o autor da infração (a lei não exige que haja perseguição).

➤ Cumpre registrar que o flagrante ESPERADO é legal, uma vez que os policiais não induzem nem provocam a prática do crime (diferentemente do flagrante preparado).

➤ Flagrante forjado: o cenário do crime é criado pelos próprios policiais para incriminar o sujeito.

➤ Leitura da edição n. 120 da jurisprudência em teses do STJ em que foi publicado 11 teses sobre a prisão em flagrante: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

3.3 - Poder Requisitório do Delegado de Polícia

O Delegado de Polícia possui poder de requisição na apuração das infrações penais. É ponto fundamental e determinante na investigação policial a requisição de dados, informações, perícias etc. visando auxiliar no esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias.

1. Poder Requisitório Geral do Delegado de Polícia

A Lei nº 12.830/13, que versa Investigação Criminal conduzida pelo delegado de polícia, trata do poder requisitório geral do Delegado de Polícia. Como o texto da lei é sucinto, vale a pena vermos na íntegra:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

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.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

§ 3º (VETADO).

§ 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.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



O poder requisitório geral encontra-se previsto no art. 2º, § 2º da Lei 12.830/13.

- Em caso de desatendimento à ordem do delegado de polícia o responsável poderá incorrer no crime de desobediência (Art. 330 do CP).

2. Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98)

A lei de lavagem de dinheiro possui previsão específica quanto ao poder requisitório do delegado de polícia (autoridade policial) e ao conteúdo do que pode ser fornecido na apuração desses crimes.

Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

- Na oportunidade, registro que de acordo com o texto do Art. 17-D da mesma lei, que prevê que em caso de indiciamento de servidor público, haverá o afastamento sem prejuízo da remuneração e demais direitos previstos em lei, os tribunais superiores se manifestaram pela inconstitucionalidade (posição que já prevalecia na doutrina, em respeito a reserva de jurisdição).

3. Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13)

Existe previsão específica também na lei 12.850/13.

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

(...)

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;



A Lei 12.850/13, por sua vez, prevê um tipo penal específico para os casos de recusa ou omissão de dados cadastrais:

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), por sua vez, alterou a lei de ORCRIM estabelecendo uma diferença técnica sobre dados cadastrais e dados de conexão:

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

4. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965)

Algumas informações podem ser obtidas pelo delegado de polícia valendo-se das previsões contidas no Marco Civil da Internet.

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º .

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º .

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Nesses casos, o delegado de polícia poderá requisitar diretamente os dados cadastrais, mas o conteúdo das conversas (o que as pessoas conversaram, o que foi dito) só será acessível mediante ordem judicial.

5. Tráfico de pessoas:

De acordo com o CPP (alteração trazida pela Lei nº 13.344/16) O delegado de polícia pode requisitar dados e informações cadastrais da vítima ou do suspeito (o prazo de atendimento é de 24 horas).



Além disso, poderá requisitar das empresas de serviço de telecomunicação ou telemático sinais e informações que permitam a localização de pessoas. Nessa hipótese, se não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas, o delegado de polícia poderá requisitar diretamente das empresas prestadoras de serviço (com imediata comunicação ao juiz).

Vejamos como o assunto já foi cobrado em provas de delegado de polícia:

Ano: 2017 Banca: FAPEMS Órgão: PC-MS Prova: FAPEMS - 2017 - PC-MS - Delegado de Polícia

Conforme disposição expressa no Código de Processo Penal vigente, o Delegado de Polícia que preside investigação policial sobre o crime previsto no artigo 149-A (Tráfico de Pessoas) do Código Penal-Decreto- Lei nº 2.848/1940, dentre as providências a serem adotadas, poderá

A - requisitar dados e informações cadastrais da vítima ou dos suspeitos, diretamente de quaisquer órgãos do poder público ou representar junto à autoridade judicial, de empresas de iniciativa privada.

B - requisitar, após o parecer obrigatório do Ministério Público, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas de iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou dos suspeitos.

C - requisitar, somente por meio de autorização judicial, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas de iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou dos suspeitos.

D - requisitar, de qualquer órgãos do poder público ou de empresas de iniciativa privada, dados e informações cadastrais dos suspeitos, os quais deverão ser concedidos no prazo de 48 horas.

E - requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas de iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou dos suspeitos.

Gabarito: A alternativa correta é a letra E.

No mesmo sentido, sobre a requisição em casos dos art. 13-A e 13-B do CPP, foram realizadas cobranças na prova do concurso de Delegado de Polícia Civil da PC-RS.

PODER REQUISITÓRIO DO DELEGADO DE POLÍCIA

O Delegado de Polícia possui poder de requisição na apuração das infrações penais. É ponto fundamental e determinante na investigação policial a requisição de dados, informações, perícias etc. visando auxiliar no esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias.

1. Poder Requisitório Geral do Delegado de Polícia

A Lei nº 12.830/13, que versa Investigação Criminal conduzida pelo delegado de polícia, trata do poder requisitório geral do Delegado de Polícia.

O poder requisitório geral encontra-se previsto no art. 2º, § 2º da Lei 12.830/13.

- Em caso de desatendimento à ordem do delegado de polícia o responsável poderá incorrer no crime de desobediência (Art. 330 do CP).

2. Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98)

A lei de lavagem de dinheiro possui previsão específica quanto ao poder requisitório do delegado de polícia (autoridade policial) e ao conteúdo do que pode ser fornecido na apuração desses crimes.

3. Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13)

A Lei 12.850/13, por sua vez, prevê um tipo penal específico para os casos de recusa ou omissão de dados cadastrais.

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), por sua vez, alterou a lei de ORCRIM estabelecendo uma diferença técnica sobre dados cadastrais e dados de conexão:

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (Incluído pela

Lei nº 13.964, de 2019)

4. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965)

Algumas informações podem ser obtidas pelo delegado de polícia valendo-se das previsões contidas no Marco Civil da Internet.

Nesses casos, o delegado de polícia poderá requisitar diretamente os dados cadastrais, mas o conteúdo das conversas (o que as pessoas conversaram, o que foi dito) só será acessível mediante ordem judicial.

5. Tráfico de pessoas

De acordo com o CPP (alteração trazida pela Lei nº 13.344/16) O delegado de polícia pode requisitar dados e informações cadastrais da vítima ou do suspeito (o prazo de atendimento é de 24 horas).

Além disso, poderá requisitar das empresas de serviço de telecomunicação ou telemático sinais e informações que permitam a localização de pessoas. Nessa hipótese, se não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas, o delegado de polícia poderá requisitar diretamente das empresas prestadoras de serviço (com imediata comunicação ao juiz).

3.4 - Inquérito Policial – Características Gerais

Inicialmente, cumpre esclarecer que o inquérito policial é um procedimento administrativo que visa colher elementos de informações a respeito da prática de alguma infração penal. O inquérito é um dos procedimentos utilizados pela Polícia Judiciária para apurar infrações penais.

Outra forma de apuração é o TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência) previsto na lei de juizados especiais. O TCO difere do inquérito por conta de sua complexidade (menos complexo e mais sucinto) e pode ser adotado para as infrações penais regidas pela Lei nº 9.099/95 fazendo às vezes do inquérito.

ESCLARECENDO!



O inquérito policial é a peça de investigação criminal por excelência. O Direito Processual Penal e o Código de Processo Penal trazem diversas características a respeito do inquérito policial. Via de regra, a doutrina traz como características do inquérito policial as seguintes: temporário, escrito, dispensável, sigiloso, inquisitorial, discricionário, oficial, oficioso, indisponível. Vamos aprofundar uma a uma.

Temporário

O Inquérito Policial é um procedimento temporário, ou seja, deve possuir um prazo razoável para a sua duração. O mero fato de estar sendo investigado, por si só, já é capaz de gerar no particular um sofrimento que lhe perturbe. Dessa forma, o prazo do inquérito policial pode vir a

ser prorrogado diversas vezes, desde que, essas prorrogações sejam compatíveis com a complexidade das investigações.

Os tribunais superiores, entendem que é possível o arquivamento de inquérito policial que se prolonga por anos sem uma solução razoável para as investigações, é uma das possibilidades de arquivamento do inquérito pela demora injustificada na investigação.



Nesses casos, é comum utilizar o termo trancamento do inquérito policial por desrespeito a duração razoável do processo.

Escrito

O inquérito policial é um procedimento escrito. Esse é o entendimento do Art. 9º do Código de Processo Penal:

Art. 9º: Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Apesar da existência de tal dispositivo, é preciso acrescentar que no inquérito policial são admissíveis outros documentos como, por exemplo, as gravações audiovisuais de oitivas e depoimentos colhidos no âmbito da Polícia Judiciária. Tal admissibilidade visa atualizar a condução do inquérito policial.

Dispensável



O Inquérito Policial é uma peça informativa que visa subsidiar o membro do *parquet* na formação de sua *opinio delict*. Isso quer dizer que o membro do MP pode oferecer a ação penal sem tenha sido instaurado um inquérito policial para apurar os fatos (daí a natureza jurídica do inquérito ser peça de informação e procedimento administrativo).

Quando se fala que o inquérito policial é dispensável não se quer dizer que o mesmo seja “descartável”. Na verdade, está se informando que para o oferecimento da ação penal o inquérito policial não é necessário. O MP pode, por exemplo, com base numa representação fiscal para fins penais da Receita Federal oferecer a denúncia.

Tenha em mente que, para a realização de determinadas diligências, como por exemplo, representar por medidas sujeitas a reserva de jurisdição ou colher oitivas formais na delegacia, por exemplo, é necessário a instauração de inquérito policial.

Sigiloso

O Inquérito Policial trata de direitos caros a privacidade do indivíduo e também, precisa de discricção para ter efetividade e alcançar um resultado útil. Em razão disso, o inquérito policial é um procedimento sigiloso.

Caso o investigado tome conhecimento de todas as diligências que estão sendo realizadas em seu desfavor, a investigação criminal perderia a sua efetividade, não alcançando um resultado útil na apuração dos fatos.

Vejamos o Art. 20º do CPP:

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Em que pese tal característica, o sigilo do inquérito vem sendo mitigado pela legislação e pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Vejamos o que diz a Súmula Vinculante nº 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.

No mesmo sentido, prevê o Estatuto da OAB no Art. 7º, XIV:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

(...)



Extrai-se desses dispositivos que o advogado pode ter acesso aos documentos já juntados aos autos na investigação. Atente-se para o fato de que o advogado só tem acesso aos elementos já juntados aos autos, não podendo acessar as diligências ainda em andamento (caso contrário, frustraria a própria efetividade da diligência).

Atente-se para a possibilidade de sigilo na lei de Organização Criminosa. Vejamos o que diz o seu Art. 23:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Inquisitorial

O inquérito policial é tradicionalmente considerado um procedimento inquisitorial. Ou seja, a sua condução ocorre de forma inquisitiva, sem possibilitar muita margem para atuação da defesa nessa fase de investigação (aproximando-se do modelo do sistema inquisitorial).

Em que pese essa característica ser a tradicionalmente aceita, percebemos a mudança em nosso ordenamento jurídico quanto a participação da defesa na fase do inquérito.

A defesa pode, por exemplo, acompanhar as oitivas dos investigados em sede de delegacia de polícia.



O que se deve extrair dessa característica é que, determinadas medidas investigativas adotadas no inquérito policial, para que tenha efetividade, devem ser realizadas sem a participação da defesa. Nesses casos, o contraditório é diferido, ou seja, a defesa apresentará suas razões futuramente, na fase da ação penal. Isso visa garantir efetividade nas investigações, o inquérito deve ser compreendido sob o crivo do sistema acusatório que norteia os princípios constitucionais da CF/88.

Discricionário

A condução do inquérito policial está norteada pelo presidente do feito, o delegado de polícia.

As diligências previstas no Art. 6º e 7º do CPP constituem um rol exemplificativo que podem ser ou não realizados a critério da autoridade policial.

Outro ponto que destaca esta característica é o Art. 14º do CPP:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Perceba que fica a cargo do delegado de polícia realizar ou não a diligência requerida pela defesa.

Em relação a requisição do membro do Ministério Público, o delegado está obrigado a cumprir tal diligência. Entretanto, poderá cumpri-la em outro momento que seja mais oportuno às investigações haja vista que a autoridade policial é presidente do feito. Logo, está vinculado a requisição do membro do MP, mas poderá, fundamentadamente, cumprir a requisição em outro momento mais oportuno.

Oficial

Incumbe ao delgado de polícia condução do inquérito policial conforme Art. 144 da CF/88:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

O inquérito policial inicia-se pelo ato administrativo da autoridade policial, que poderá ser formalizado por uma portaria ou pelo auto de prisão em flagrante.

Veja como o assunto já foi cobrado na prova para o cargo de Delegado da PC-RJ, no ano de 2012:

Ano: 2012 Banca: FUNCAB Órgão: PC-RJ Prova: FUNCAB - 2012 - PC-RJ - Delegado de Polícia

Em relação à investigação criminal, é INCORRETO afirmar:

A - Quando o juiz verificar, nos autos, a existência de crime de ação penal pública, remeterá cópias ao Ministério Público.

B - O requerimento do ofendido nos delitos de ação de iniciativa privada é classificado como notícia-crime qualificada.

C - Formalmente, o inquérito policial inicia-se com um ato administrativo da autoridade policial, que determina a sua instauração por meio de uma portaria ou de um auto de prisão em flagrante.

D - Todos os elementos de convicção (meios de prova) produzidos ou obtidos em sede policial através de inquérito policial são valoráveis na sentença, sem a necessidade de serem reproduzidos na fase de instrução criminal.

E - Apesar de meramente informativos, os atos do inquérito policial servem de base para restringir a liberdade pessoal através das prisões cautelares, e interferir na disponibilidade de bens, com base nas medidas cautelares reais, como por exemplo, o arresto e o sequestro.

Comentários

Gabarito: O gabarito da questão (alternativa incorreta) é a letra D. A alternativa C, portanto, que afirma que o inquérito policial se inicia formalmente com uma portaria ou com auto de prisão em flagrante é verdadeira.

Oficioso

CURIOSIDADE



Essa característica está ligada a obrigatoriedade de o delegado de polícia instaurar inquérito policial quando toma conhecimento de infrações penais.

Isso significa dizer que, quando chega ao conhecimento da autoridade policial a prática de uma infração penal, este deve adotar providências para a instauração do inquérito.

Entretanto, não se deve proceder a instauração do inquérito de forma temerária e irresponsável. Em razão disso, adota-se o que se chama de VPI (Verificação Preliminar de Inquérito) ou NCV (Notícia-crime em verificação) para se apurar se as informações levadas ao conhecimento do delegado de polícia possuem alguma verossimilhança.

Indisponível

A autoridade policial não poderá mandar arquivar o inquérito policial. Esse é o entendimento do Art. 17º do CPP:

Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Para que o inquérito policial seja arquivado, é necessário que o membro do Ministério Público se manifeste pelo arquivamento.

As características do inquérito policial listadas acima representam uma lista com as principais abordadas pela doutrina e cobradas em prova. É possível que o aluno se depare com outras características ou com outros nomes sinônimos.

Algumas questões de prova abordam de forma direta as características do inquérito policial:

Ano: 2019 Banca: Instituto Acesso Órgão: PC-ES Prova: Instituto Acesso - 2019 - PC-ES - Delegado de Polícia

“O inquérito policial é um procedimento administrativo, não judicial, e por isso mesmo pode ter caráter explicitamente inquisitorial, isto é, registrar por escrito, com fé pública, emprestada pelo cartório que a delegacia possui, informações obtidas dos envolvidos sem que estes tenham conhecimento das suspeitas contra eles.” (LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia. DILEMAS – Vol.9 – no 3 – SET-DEZ 2016 – pp. 505-529). Assinale, a seguir, a característica INCORRETA quanto ao inquérito policial brasileiro.

A - não possui contraditório e ampla defesa.

B - é escrito.

C - é público.

D - é dispensável.

E - é sigiloso.

Gabarito: A alternativa correta é a letra C.

Quadro resumo:

TEMA 2: INQUÉRITO POLICIAL – CARACTERÍSTICAS GERAIS

Características	Descrição
1. Temporário	O Inquérito Policial é um procedimento temporário, ou seja, deve possuir um prazo

	<p>razoável para a sua duração.</p> <p>Os tribunais superiores, entendem que é possível o arquivamento de inquérito policial que se prolonga por anos sem uma solução razoável para as investigações, é uma das possibilidades de arquivamento do inquérito pela demora injustificada na investigação.</p>
2. Escrito	<p><i>Art. 9º: Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.</i></p> <p>Apesar da existência de tal dispositivo, é preciso acrescentar que no inquérito policial são admissíveis outros documentos como, por exemplo, as gravações audiovisuais de oitivas e depoimentos colhidos no âmbito da Polícia Judiciária.</p>
3. Dispensável	<p>O membro do MP pode oferecer a ação penal sem tenha sido instaurado um inquérito policial para apurar os fatos.</p>
4. Sigiloso	<p>Em que pese tal característica, o sigilo do inquérito vem sendo mitigado pela legislação e pela jurisprudência dos tribunais superiores.</p> <p>Vejamos o que diz a Súmula Vinculante nº 14:</p> <p><i>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</i></p>

	<p style="text-align: center;"><i>defesa.</i></p> <p>Atente-se para a possibilidade de sigilo na lei de Organização Criminosa. Vejamos o que diz o seu Art. 23:</p> <p><i>Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.</i></p>
<p>5. Inquisitorial</p>	<p>O inquérito policial é tradicionalmente considerado um procedimento inquisitorial. Ou seja, a sua condução ocorre de forma inquisitiva. Muitas vezes o contraditório será diferido e poderá ser exercido na fase de ação penal.</p>
<p>6. Discricionário</p>	<p>A condução do inquérito policial está norteadada pelo presidente do feito, o delegado de polícia.</p> <p>As diligências previstas no Art. 6º e 7º do CPP constituem um rol exemplificativo que podem ser ou não realizados a critério da autoridade policial.</p> <p>Outro ponto que destaca esta característica é o Art. 14º do CPP:</p> <p style="text-align: center;"><i>Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.</i></p> <p>Em relação a requisição do membro do</p>

	Ministério Público, o delegado está obrigado a cumprir tal diligência.
7. Oficial	Incumbe ao delegado de polícia condução do inquérito policial conforme Art. 144 da CF/88.
8. Oficioso	Essa característica está ligada a obrigatoriedade de o delegado de polícia instaurar inquérito policial quando toma conhecimento de infrações penais. Em alguns casos, adota-se o que se chama de VPI (Verificação Preliminar de Inquérito) ou NCV (Notícia-crime em verificação) para se apurar se as informações levadas ao conhecimento do delegado de polícia (principalmente nas denúncias anônimas) possuem alguma verossimilhança
9. Indisponível	A autoridade policial não poderá mandar arquivar o inquérito policial. Esse é o entendimento do Art. 17º do CPP.

3.5 - Indiciamento: Conceito, Momento e Pressupostos

Conceito

Indiciamento pode ser conceituado como o **ato por meio do qual se atribui a alguém a autoria ou participação em determinada infração penal.**

O indiciamento não traz consequências jurídicas concretas.

Segundo a doutrina majoritária, a partir do indiciamento, uma primeira consequência significaria dizer que o sujeito recebe um *status*: provavelmente, o indiciado poderá ser denunciado pelo Ministério Público.

Contudo, o que o indiciamento realmente produz é uma estigmatização perante a sociedade, apesar de isto não trazer qualquer consequência jurídica concreta.

Momento

O indiciamento apenas poderá ser feito apenas na fase investigatória.



Em tese, **o indivíduo já pode ser indiciado no próprio auto de prisão em flagrante**, uma vez que ali já existem os elementos necessários para que sejam identificados os autores do delito, mas tal situação é incomum.

Assim sendo, pode-se indiciar desde a lavratura do auto de prisão em flagrante até o momento da elaboração do relatório, que é a conclusão do trabalho investigatório.

Portanto, **havendo processo judicial, não há que se falar em indiciamento**, nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. INVIÁVEL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO FORMAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização das condutas, descrição dos fatos e classificação dos crimes, de forma suficiente a dar início à persecução penal na via judicial e garantir o pleno exercício da defesa aos acusados.

2. Devidamente delineada a conduta, com a descrição que o recorrente, juntamente com outras pessoas, ofendeu a integridade corporal da vítima, árbitro de futebol, por estarem descontentes com a decisão de validar um lance da partida, as lesões impediram que a vítima realizasse suas atividades habituais por mais de 30 dias, o que caracteriza em tese o crime descrito no art. 129, §1º, I c/c art. 61, II, a, do Código Penal, não há que se falar em ilegalidade da denúncia.

3. Indevida a determinação de indiciamento formal do paciente após o recebimento da denúncia, pois medida sem necessidade ou sentido processual.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido, apenas para cassar a decisão que determinou o indiciamento formal do recorrente, sem prejuízo do regular andamento da ação penal.

(RHC 54.635/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016)

Pressupostos

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência exigem certos pressupostos (condições *sine qua non* –



fumus comissi delicti) para que alguém seja indiciado.

Basicamente, deverá haver:

- (i) prova da **existência do crime**; e
- (ii) **indícios de autoria** (ou de participação) do agente.

Nesse sentido, o entendimento do STF:

EMENTA: INQUÉRITO POLICIAL. Indiciamento. Ato penalmente relevante. Lesividade teórica. Indeferimento. Inexistência de fatos capazes de justificar o registro. Constrangimento ilegal caracterizado. Liminar confirmada. Concessão parcial de habeas corpus para esse fim. Precedentes. **Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial.**

(HC 85541, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00203 RTJ VOL-00205-03 PP-01207)

Ainda é muito importante destacar aquilo que a Lei nº 12.830/2013 determina:

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.

[...]

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

3.6 - A dispensabilidade do inquérito policial

O inquérito, ainda que dada sua grande importância para a compreensão das circunstâncias que envolvem o fato delituoso, **não é uma peça obrigatória do processo** e, portanto, dele não depende o oferecimento da denúncia.

Cabe aqui compreender que **para o oferecimento da denúncia é preciso apenas um mínimo de certeza quanto à autoria e à materialidade do crime**, sendo este mínimo de certeza chamado de “justa causa”.

A justa causa pode ser trazida para o titular da ação penal com base em outro procedimento investigatório que não o inquérito policial.

O inquérito policial, portanto, pode ser **dispensado se a justa causa for ministrada por outro procedimento investigatório** que seja suficiente para suscitar e elucidar os principais fatos acerca do crime em questão.

Exemplo: A CPI é um órgão do Poder Legislativo que pode levar ao indiciamento daqueles que compreender terem cometido determinados crimes, dispensando a instauração de um inquérito policial, uma vez que o relatório é levado diretamente ao Ministério Público.

O caráter dispensável do inquérito policial é confirmado pelo próprio CPP:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

[...]

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

3.7 - Acordo de Não Persecução Penal - ANPP

Noções Introdutórias

Com a Lei nº 13.964/19, o denominado Pacote Anticrime, após o encerramento da investigação, o órgão do Ministério Público, em alguns casos, possui uma terceira opção de atuação, além do oferecimento da denúncia ou arquivamento do inquérito, que é o oferecimento do acordo de não persecução penal.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, ao julgar o HC 607003-SC, conceituou o ANPP como:

Consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa

O acordo de não persecução penal (ANPP) funciona como verdadeiro **negócio jurídico de natureza extraprocessual**, necessariamente homologado pelo juízo competente. Celebrado entre o MP e o autor do fato delituoso assistido por defensor, o qual irá se sujeitar ao cumprimento de determinadas condições (não privativas de liberdade), sob o compromisso de não ser denunciado pelo MP.

O ANPP é uma **nova hipótese de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal**. É hipótese de **discricionariedade** ou **oportunidade regrada**, tendo em vista que o Ministério Público somente pode oferecer a celebração do acordo se preenchidos todos os requisitos exigidos em lei.

TOME
NOTA!



O ANPP é norma processual ou penal? E qual a importância disso?

Segundo parte da doutrina, o ANPP é norma híbrida. As normas híbridas possuem reflexos no direito penal e no direito processual penal. Por tal razão, admitem conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

A norma que instituiu o ANPP, portanto, **NÃO** retroage, salvo se for para beneficiar o réu.

Considerando a nota acima, pergunto: o ANPP possui algum **marco** para sua aplicação?

O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Segue o julgado acerca do tema:

ESTA CRIANÇA
PROVA!



(...) 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. **O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.** 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. **Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.** 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

(HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC

26-11-2020)

Por fim, deve ser mencionado que o ANPP abrange tanto crime quanto contravenção penal, já que o artigo que o instituiu fala em “infração penal”.

Requisitos

Os requisitos do ANPP estão previstos no artigo 28-A do CPP, que assim dispõe:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas **cumulativa e alternativamente**:

Os três primeiros requisitos são objetivos, enquanto o último é um requisito subjetivo, reservando, dessa forma, uma margem de discricionariedade ao órgão do Ministério Público.

- Que não seja caso de arquivamento → objetivo;
- Confissão → formal;
- Infração penal sem violência ou grave ameaça e com **PENA MÍNIMA INFERIOR** a 4 anos → objetivo;
- Que o acordo seja necessário e suficiente para repreensão e prevenção do delito → **subjetivo**.

No que tange à confissão, importante citar o Enunciado 3 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJP/STJ, que diz:

A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público **NÃO** pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.



Chamo a atenção, também, para o requisito da **PENA MÍNIMA INFERIOR** a 4 (quatro) anos. Não caiam em pegadinhas de prova que troquem o “mínima” por “máxima” ou o “inferior” por “superior”.

Quanto à essa margem de discricionariedade prevista, uma pergunta é necessária: e se o MP recusar a proposta do ANPP?

No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do CPP (§ 14). Nesse sentido, há o enunciado nº 32 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJF/STJ:

	<p>Enunciado 32 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJF/STJ</p> <p>A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, <u>cuja recusa deve ser fundamentada</u>, para propiciar o controle previsto no § 14 do mesmo artigo.</p>
---	--

De acordo com o §1º do citado dispositivo, para aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas as **causas de aumento e diminuição** aplicáveis ao caso concreto. Lado outro, não podem ser levadas em consideração as atenuantes e agravantes.

Condições

As condições para aplicação do ANPP são impostas cumulativa e alternativamente e foram previstas no já citado art.28-A. São elas:

- Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, **exceto** na impossibilidade de fazê-lo. Percebam que o tipo de dano não foi especificado.
- Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.
- Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- Pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- Cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Não cabimento do ANPP

De acordo com o §2º, do art. 28-A do CPP, **NÃO** é cabível o ANPP:

- Se for cabível transação penal.
- Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em **acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo**; e
- Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Procedimento

O procedimento é escrito, firmado pelo membro do Parquet, pelo investigado e seu defensor.

É competência do juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal (art. 3º-B, XVII). Para o ato, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade (§ 4º). A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal (§ 9º).

O juiz pode recusar a homologação do ANPP se:

- Considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, com concordância do investigado e seu defensor, devendo o procedimento ser devolvido ao MP para reformulação.
- Se o ANPP não atender os requisitos legais ou não for reformulado, no caso da hipótese anterior.

Nos termos do artigo 581, XXV, do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime, cabe **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, na hipótese de recusa de homologação do ANPP. O recurso poderá ser interposto tanto pela defesa, quanto pela acusação.

A celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de verificação se o investigado foi beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, conforme previsto no inciso III do § 2º (§ 12).

Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade (§ 13).

Descumprimento do ANPP

Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§ 10).

O descumprimento do acordo pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (§ 11). Ora, se ele não cumpriu as condições daquele, dificilmente também cumpriria as dessa.

Do mesmo modo que a homologação, a vítima será intimada do descumprimento do acordo de não persecução penal (§ 9º).

4 - LEGISLAÇÃO ESPECIAL

4.1 - Entendimento do STJ sobre a Ordem de habilitação de *SIMCARD (chip)* da autoridade policial em substituição ao do titular da linha:

Em recente julgado o STJ, disponível no Informativo n.º 0696 de 17 de maio de 2021 – rel. Min. Laurita Vaz –, esclareceu ser ilegal a quebra do sigilo telefônico por meio de habilitação de *chip* da autoridade policial em substituição ao do investigado (titular da linha). Confira:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. ORDEM DE HABILITAÇÃO DE *SIMCARD* (CHIP) DA AUTORIDADE POLICIAL FEDERAL EM SUBSTITUIÇÃO AO DO TITULAR DA LINHA.

PROCEDIMENTO ILEGAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA OPERADORA TELEFÔNICA.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF. ILEGALIDADE DA INCURSÃO INVESTIGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Para arguir suposta ilegitimidade ativa da Impetrante do *writ* originário, o Recorrente aponta como violado o art. 18 do Código de Processo Penal, contudo, em seguida, refere-se ao art. 18 do Código de Processo Civil, transcreve o teor deste,

mas anota na transcrição “art. 6.º”. Ou seja: não há sequer indicação clara e precisa do artigo de lei supostamente violado, o que obsta a admissão do recurso especial por inescusável deficiência de fundamentação, a atrair a incidência da Súmula n.º 284/STF. Precedentes.

2. Sobre a mesma questão, alega ainda violação ao art. 1.º da Lei n.

º 12.016/2009, mas sem desenvolver nenhuma tese, limitando-se o Recorrente a afirmar a suposta violação, denotando, mais uma vez, inescusável deficiência de fundamentação, fazendo incidir o óbice da Súmula n.º 284/STF. Precedentes.

3. Ademais, sequer há correspondência entre o argumento da ilegitimidade ativa e o conteúdo normativo do art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009, atraindo, novamente, a incidência da Súmula n.º 284/STF. Precedentes.

4. *Obiter dictum*: a legitimidade ativa da empresa de telefonia foi reconhecida pelo Tribunal a quo não para “proteger direito dos usuários das linhas telefônicas que seriam prejudicados com a interceptação telefônica”, como afirmou o Recorrente, mas para discutir a ausência de lei específica para subsidiar a ordem judicial, que determinara inusitada interferência direta na própria prestação do serviço público pela concessionária.

5. No mais, a ordem judicial, endereçada à concessionária de telefonia, consistiu na determinação de viabilizar à autoridade policial a utilização de “SIMCARD” (cartão “SIM”, sigla em inglês da expressão *Subscriber Identity Module* – módulo de identificação do assinante –, comumente referido no Brasil como “chip”), em substituição ao do aparelho celular do usuário investigado, “pelo prazo de 15 (quinze) dias e a critério da autoridade policial, em horários previamente indicados, inclusive de madrugada.”

6. Pretendeu-se que a operadora de telefonia, quando acionada, habilitasse o chip do agente investigador, em substituição ao do usuário, a critério da autoridade policial, que teria pleno acesso, em tempo real, às chamadas e mensagens transmitidas para a linha originária, inclusive via *WhatsApp*.

7. A ação, se implementada, permitiria aos investigadores acesso irrestrito a todas as conversas por meio do *WhatsApp*, inclusive com a possibilidade de envio de novas mensagens e a exclusão de outras.

Se não bastasse, eventual exclusão de mensagem enviada ou de mensagem recebida não deixaria absolutamente nenhum vestígio e, por conseguinte, não poderia jamais ser recuperada para servir de prova em processo penal, tendo em vista que, em razão da

própria característica do serviço, feito por meio de encriptação ponta-a-ponta, a operadora não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

8. Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas travadas entre o alvo interceptado e terceiros, na troca do chip habilitado, o agente do estado tem a possibilidade de atuar como participante das conversas, podendo interagir diretamente com seus interlocutores, enviando novas mensagens a qualquer contato inserido no celular, além de poder também excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, as mensagens no *WhatsApp*. E, nesse interregno, o usuário ficaria com todos seus serviços de telefonia suspensos.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1806792/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021) – negritamos.

Assim, entendeu-se que, tratando-se de providência excepcional a garantia à inviolabilidade das comunicações, a interceptação telefônica e telemática deve ocorrer nos exatos limites legais, “não sendo possível o alargamento das hipóteses previstas ou a criação de procedimento diverso” (REsp 1806792/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021).

4.2 - Progressão de regime para condenados por crimes hediondos e afins

O sistema progressivo, vigente na execução penal brasileira, prevê que o indivíduo deverá passar por regimes de cumprimento de pena cada vez menos rigorosos, a ser determinado pelo juiz, de acordo com seu **mérito** (requisito subjetivo) e desde que cumpra **tempo de pena estabelecido em lei** no regime em que se encontra (requisito objetivo).

Para uma segunda progressão (ex. semiaberto para aberto) dever-se-á considerar o **saldo restante de pena**, devendo ser descontado o período já cumprido no regime anterior.

STJ, súmula nº 491: É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional

Se a pena concreta ultrapassar o limite máximo admitido a título de pena unificada (40 anos – CP art. 75), para efeitos de progressão deverá considerar-se o **valor total de condenação**, o mesmo valendo para o livramento condicional (STF, 715).

STF, súmula nº 715: A pena unificada para atender ao limite de 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.

Especialmente em relação aos crimes hediondos e equiparados, o quantum de pena a ser cumprido para aquisição da progressão para o regime seguinte veio sendo objeto de alterações legais e jurisprudenciais, o que pode causar confusão.

Vamos por partes.

Caso o crime tenha sido praticado em data anterior à entrada em vigor da Lei 11.464/07, o que ocorreu em 29.03.2007, a progressão dar-se-á nos termos gerais da redação originária da LEP, que é cumprimento de **ao menos 1/6 da pena no regime**.

STJ, súmula nº 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.

Por outro lado, na vigência da Lei 11.464/07, a progressão de regime depende do cumprimento de **2/5, se primário**, ou **3/5, se reincidente**.

A seu turno, a Lei 13.964/2019 (vigente em 23/01/2019) trouxe novas alterações à matéria, notadamente no quantum de pena a ser cumprido quando houver resultado morte.

Art. 112. 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:

(...);

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; (...);

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

(...).

Progressão de Regime para Crimes Hediondos e Equiparados		
Crimes Praticados Antes da Lei 11.464/07 (até 28.03.07)	Crimes Praticados Após a Lei 11.464/97 (vigor em 29.03.07)	Crimes Praticados Após a Lei 13.964/2019 (vigor em 23/01/2019)
Cumprimento de ao menos <u>1/6</u> da pena (LEP art. 112).	Cumprimento de <u>2/5</u> da pena, quando primário, ou <u>3/5</u> , se reincidente.	Cumprimento de <u>40%</u> da pena, quando primário; <u>50%</u> da pena, quando primário e houver resultado morte; <u>60%</u> da pena, quando reincidente em crime hediondo ou equiparado; <u>70%</u> da pena, quando reincidente em crime hediondo ou equiparado e houver resultado morte.

Por fim, o STJ decidiu que a progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, quando reincidentes em crimes comuns (reincidentes não específicos em crimes hediondos ou equiparados), deve ocorrer após o cumprimento de 40% da pena, aplicando-se tal disposição inclusive a casos anteriores à vigência da Lei 13.964/2019 (STJ, REsp nº 1.910.240/MG)

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam

partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.910.240 - MG (2020/0326002-4)

4.3 - A aplicação da Lei n.º 9.099/95 ao crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência previsto na Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e outras peculiaridades do tipo penal.

O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência está previsto no art. 24-A, da Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Confira a redação legal:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Como se vê, pela pena imposta, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, contudo, não devem ser aplicadas as disposições da Lei n.º 9.099/95, por força do art. 41, da mesma lei (“Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995”).

No mesmo sentido é a redação da Súmula n.º 536 do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que os benefícios de suspensão condicional do processo e a transação penal não aplicam-se aos delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Ainda, pela leitura do §2º, do artigo supratranscrito, entende-se que há possibilidade de prisão em flagrante, somente sendo possível o arbitramento de fiança pela autoridade judicial, afastando-se, assim, o disposto no art. 69, da Lei n.º 9.099/95⁷, que impede a imposição de prisão em flagrante ao indivíduo que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer⁸.

Não sendo aplicáveis as disposições da Lei n.º 9.099/95, deverá ser instaurado inquérito policial para a apuração do crime.

Desta forma, tem-se que a competência para o processamento e julgamento do crime em estudo é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Neste sentido:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. APURAÇÃO DO CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA – LEI MARIA DA PENHA. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRESIDENTE PRUDENTE. REDISTRIBUIÇÃO À VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA MESMA COMARCA POR SER DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DESCABIMENTO.

1. Com o advento da Lei nº 13.641/18, que incluiu o artigo 24-A na Lei Maria da Penha, não há mais dúvida de que o descumprimento de medida protetiva de urgência

⁶ Súmula 536/STJ: *A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.*

⁷ Art. 69. *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. Parágrafo único. 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. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.*

⁸ FERREIRA, Wilson Luiz Palermo e PONTOCARRERO, Cláudia Barros. **Leis Penais Extravagantes – Teoria, jurisprudência e questões comentadas**. 5. ed. Rev., atual. e ampl. - Salvador: Ed. Juspoem, 2020, p. 1423/1424.

caracteriza o tipo penal autônomo e é de competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

2. O próprio artigo 41 da Lei nº 11.340/06 veda expressamente a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

3. A conduta perpetrada pelo acusado de aproximar-se da vítima, em desobediência à determinação judicial, configura mero desdobramento e continuidade da mesma violência estabelecida no artigo 7º da Lei nº 11.340/06, já reconhecida pelo juízo ao proferir a decisão ora descumprida. 4. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento no Juízo suscitado.

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0027737-80.2020.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello (Vice-Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Presidente Prudente – Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 01/09/2020 – negritou-se).

Com o mesmo entendimento apresenta-se o Enunciado 48, do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher⁹:

ENUNCIADO 48: A competência para processar e julgar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, onde não houver, das Varas Criminais com competência cumulativa para processar e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, não se aplicam o rito e os benefícios da Lei n.º 9.099/95 ao crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência está previsto no art. 24-A, da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Quanto à conduta típica em epígrafe (art. 24-A, LMP), o sujeito passivo é o Estado ou a Administração da Justiça, enquanto se diz que a vítima mediata ou secundária é a mulher que sofreu violência. Então, não confunda: a vítima imediata do crime descrito no art. 24-A, da LMP, não é a mulher vítima da violência doméstica.

As medidas protetivas de urgências estão previstas nos arts. 22 a 24 da LMP, prevalecendo que o rol é meramente exemplificativo e de aplicabilidade sujeita à reserva de jurisdição.

⁹ Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>>.

A figura típica do art. 24-A, da LMP, é um tipo especial de desobediência (art. 330 do CP) e configura novatio legis incriminadora.

Por fim, o entendimento jurisprudencial aponta que cabe habeas corpus para se discutir a legalidade da fixação de medidas protetivas de urgência quando estas estiverem relacionadas com o direito de locomoção:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS APLICADAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes). 2. Caso em que, irresignado com as medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006, que lhe foram aplicadas pelo Juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Maceió, o paciente requereu ao Tribunal de Justiça de Alagoas fossem elas revogadas. A Câmara Criminal, no entanto, partindo do princípio que as medidas protetivas não representariam ameaça ao seu direito de ir, vir ou permanecer, entendeu que o meio pertinente para a apreciação da matéria não seria o habeas corpus e deixou de conhecer o mandamus lá impetrado. 3. **O eventual descumprimento de medidas protetivas arroladas na Lei Maria da Penha pode gerar sanções de natureza civil** (art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/2006 c/c art. 461, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil, **bem como a decretação de prisão preventiva** (art. 313, III, do Código de Processo Penal). Ademais, a lei adjetiva penal prevê: “Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. 4. **Se o paciente não pode aproximar-se a menos de 500m da vítima ou de seus familiares, se não pode aproximar-se da residência da vítima, tampouco pode frequentar o local de trabalho dela, decerto que se encontra limitada a sua liberdade de ir e vir. Posto isso, afigura-se cabível a impetração do habeas corpus, de modo que a indagação do paciente merecia uma resposta mais efetiva e assertiva.** 5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas examine a existência de eventual constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, em decorrência das medidas protetivas determinadas pelo Juízo de Maceió. (STJ – HC 298.499/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Contrario sensu, há entendimento de que o *habeas corpus* não constitui meio idôneo para se pleitar a revogação de medidas protetivas de urgência que não implicam constrangimento ao

direito de ir e vir do paciente (Jurisprudência em Teses do STJ n.º 41.16). Contudo, o entendimento pelo cabimento do remédio constitucional ganha força com a inclusão da figura típica do art. 24-A, da LMP.

4.4 - Aspectos gerais das contravenções penais

1.1.1.1 - Introdução

Ao crime são cominadas penas de detenção ou reclusão, sendo 40 anos o máximo de pena a ser cumprida. Já às contravenções penais são cominadas penas de **prisão simples** ou isoladamente de **multa**, sendo 5 anos o máximo de pena cumprida (LICP art. 1º).

LICP Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Em essência, crime e contravenção penal não são diferentes, de modo que ambos são, segundo a corrente majoritária, fato típico, ilícito e culpável. Apenas por razões de política criminal, o legislador escolhe entre instituir crime ou instituir contravenção. De modo que, em determinado momento, pode o legislador entender que o fato que outrora era tipo como contravenção penal, passa a merecer tratamento de crime, ou vice versa, ou nem mesmo merecer tratamento penal.

Em razão do **princípio da intervenção mínima** do Direito Penal, há uma tendência a não utilizar-se da figura das contravenções penais. Advogam alguns, inclusive, que as contravenções penais deveriam ser abolidas do ordenamento, deixando que as questões fossem tratadas no âmbito administrativo ou a título de crime.

Cumprir destacar que devido ao **princípio da irrefragabilidade da norma penal**, as contravenções devem ser aplicadas enquanto lei não as revogue.

As contravenções penais são infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, são de **competência dos Juizados Especiais Criminais** (Lei 9099/95 art. 61).

Lei 9099/95 Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

A Justiça Estadual será sempre competente para julgar contravenções penais (CRFB art. 109, IV; STJ, 38).

CRFB Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

STJ, súmula nº 38: Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades.

1.8.1.2 - Parte Geral da LCP

As demais disposições da Parte Geral da LCP (Lei de Contravenções Penais – DL 3688/41), não comentadas neste tópico, encontram-se revogadas, sendo aplicável a Parte Geral do Código Penal, no que couber (LCP art. 1º).

LCP Art. 1º Aplicam-se as contravenções às regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso.

Aos crimes, aplica-se a regra da territorialidade e, excepcionalmente, a da extraterritorialidade. Já para as contravenções penais aplica-se tão somente a **regra da territorialidade** (LCP art. 2º). Assim, não será possível a aplicação da nossa lei à conduta tipificada como contravenção penal praticada fora do Brasil.

LCP Art. 2º A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional.

À época de promulgação da LCP, vigia a teoria causalista, para a qual conduta era “comportamento humano e voluntário que modifica o mundo exterior”, e dolo/culpa encontravam-se na culpabilidade. A nova Parte Geral do Código Penal, a qual é aplicável às contravenções penais, adotou a **teoria finalista**, assim além de voluntária, a conduta deve ser também dolosa ou culposa (art. 3º está revogado).

~~**LCP Art. 3º** Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico.~~

No atinente às contravenções não existe uma regra especificando se o tipo é doloso ou culposo, de modo que se deve analisar a aparência daquele tipo ser doloso ou culposo (busca-se “o cheiro” de dolo ou de culpa daquele tipo).

Para Hungria, a contravenção penal é um “**crime-anão**”. Por uma questão de política criminal, não se pune a tentativa de contravenção, eis que esta é um *minus* em relação ao *minus* (art. 4º).

LCP Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção.

As penas aplicáveis aos contraventores são: **(a) prisão simples** e **(b) multa** (art. 5º e 6º). Importante destacar que a prisão simples jamais será cumprida em regime fechado, seja a título de regime inicial seja de regressão de regime.

LCP Art. 5º As penas principais são:

I – prisão simples.

II – multa.

LCP Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.

§ 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.

Atentar-se para as seguintes sequências: crime + crime = reincidência; contravenção + crime = não-reincidência; crime + contravenção = reincidência; contravenção + contravenção = reincidência (art. 7º).

LCP Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

crime + crime	reincidência
contravenção + crime	não-reincidência
crime + contravenção	reincidência
contravenção + contravenção	reincidência

À época de promulgação da LCP, vigia a teoria causalista, para qual existiam os institutos do erro de fato e do erro de direito. Tendo em vista que a nova Parte Geral do Código Penal adotou a teoria finalista (erro de tipo e erro de proibição), a qual deve ser aplicada às contravenções penais, restou revogado o art. 8º.

~~LCP Art. 8º No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.~~

A Lei 9.268/96 determinou a impossibilidade da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, assim o art. 9º restou revogado. Ocorrendo o não pagamento da multa, esta deverá ser cobrada nos termos da LEF (Lei de Execuções Fiscais).

~~LCP Art. 9º A multa converte-se em prisão simples, de acordo com o que dispõe o Código Penal sobre a conversão de multa em detenção.~~

~~Parágrafo único. Se a multa é a única pena cominada, a conversão em prisão simples se faz entre os limites de quinze dias e três meses.~~

A pena de prisão simples **não poderá ser superior a 5 anos**, por outro lado, a parte do dispositivo no atinente ao limite da pena de multa deve ser entendida como prejudicada, eis que a mesma será aplicável segundo o sistema de dias-multa (art. 10).

LCP Art. 10. A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos, nem a importância das multas ultrapassar cinquenta contos.

É possível a aplicação dos institutos do sursis e do livramento condicional às contravenções penais (art. 11).

LCP Art. 11. Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional.

A medida de segurança é um instituto ainda aplicável em sede de LCP (art. 13).

LCP Art. 13. Aplicam-se, por motivo de contravenção, os medidas de segurança estabelecidas no Código Penal, à exceção do exílio local.

As contravenções penais são sujeitas à ação penal de iniciativa pública incondicionada (art. 17).

LCP Art. 17. A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício.

4.5 - Breves conceitos e distinções sobre associação para o tráfico, associação criminosa e organização criminosa:

Associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas): é a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, de forma reiterada ou não, qualquer um dos crimes previstos no artigo 33, caput e §1º, e no artigo 34 da Lei de Drogas.

Trata-se de crime comum, não admite tentativa e não é equiparado a hediondo. Bem como é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência.

Ainda, importante lembrar que é suficiente que apenas um dos agentes seja imputável.

Associação criminosa (art. 288, do Código Penal): é a associação de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes. Ou seja, a intenção é cometer qualquer delito em geral (exemplos: roubo e furto). Ainda, trata-se de crime comum, plurisubsistente, comissivo, doloso, formal e permanente.

O crime de associação criminosa será considerado hediondo quando os crimes praticados tratarem-se de hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Organização criminosa (art. 1ª, §1º, da Lei n.º 12.850/2013): é a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que se trata de caráter transnacional.

O crime de organização criminosa será hediondo quando for direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

4.6 - Lei de Drogas – Lei 11.343/06

Iremos trabalhar a Lei de Drogas de uma forma diferente. Irei elencar alguns pontos recentes e outros comumente cobrados em provas de concursos, sem necessariamente seguir a ordem da lei.

Iremos aprofundar naquilo que é necessário e demonstrar o que mais é cobrado em provas de concursos públicos. Vamos lá! 😊

Da alteração legislativa feita pelo Pacote Anticrime – Lei 13.964/19

A Lei 13.694, denominada como Pacote Anticrime, criou uma figura equiparada ao tráfico de drogas e regulamentou a **atuação disfarçada do policial**.

REDAÇÃO ANTIGA	REDAÇÃO NOVA
Trata-se de novidade legislativa.	Art. 33, §1º, IV IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou

em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, **a agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

O agente disfarçado é aquele que, sem se infiltrar na organização criminosa ou na associação de pessoas constituídas para prática de crimes, atua disfarçadamente – com trajes civis, que não demonstrem a sua condição de policial ou conduta que não o identifique como atuante em prol da segurança pública, com objetivo de angariar informações relevantes, porém com caráter genérico, objetivando munir as investigações criminais.

Perceba que o conceito acima não deve ser confundido com a figura do agente infiltrado, técnica de investigação restrita e excepcional, prevista nos artigos 10 e seguintes da Lei 12.850/1310.

A referida mudança regulamenta uma situação de ordem prática policial bem controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência: a atuação das forças de segurança no combate ao crime por meio de agentes policiais disfarçados.

A alteração legislativa veio para prever que se o criminoso vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial em atuação disfarçada, estando presentes os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, não há que se falar em flagrante preparado (crime impossível). O flagrante, no caso citado, é legal.

Nesse ponto, deve-se fazer uma diferenciação:

- agente policial em atuação disfarçada, pede drogas a um traficante e este, **já trazendo consigo a droga**, entrega ao policial: trata-se da figura típica prevista no art. 33, §1º, IV da Lei 11.343/06, configurando flagrante legal, já que o agente já estava praticando a conduta típica na modalidade trazer consigo.
- Agente policial em atuação disfarçada, pede drogas a um indivíduo e este, não portando nem trazendo consigo nenhuma droga, **é convencido pelo policial a buscar a substância a fim de vendê-la**, nesse caso, não há incidência da figura típica do art. 33 §1º, IV da Lei de

¹⁰ Também há previsão da figura no artigo 53, I, da Lei de Drogas; e nos artigos 190-A a 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste caso, a infiltração ocorre pelo meio virtual.

Drogas em razão de flagrante preparado, espécie de crime impossível previsto no art. 17, CP.

Aproveitando o tema, imprescindível mencionar a diferenciação feita pelo Supremo Tribunal Federal acerca do agente infiltrado e agente de inteligência:

AGENTE DE INTELIGÊNCIA	AGENTE INFILTRADO
Aquele cuja atuação é preventiva e genérica , buscando informações acerca de fatos sociais relevantes, sem contudo fazer parte do grupo criminoso. Ou seja, sua atuação dá-se quando o crime ainda não aconteceu ou está prestes a acontecer.	Age com finalidades repressivas e investigativas em busca da obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas.
Não há necessidade de autorização judicial.	Há necessidade de autorização judicial.

Segue a recente jurisprudência acerca do tema:

Habeas corpus. 2. Infiltração de agente policial e distinção com agente de inteligência. 3. Provas colhidas por agente inicialmente designado para tarefas de inteligência e prevenção genérica. Contudo, no curso da referida atribuição, houve atuação de investigação concreta e infiltração de agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados. 4. Caracterização de agente infiltrado, que pressupõe prévia autorização judicial, conforme o art. 10 da Lei 12.850/13. 5. Prejuízo demonstrado pela utilização das declarações do agente infiltrado na sentença condenatória. 6. Viabilidade da cognição em sede de habeas corpus. 7. Ordem parcialmente concedida para declarar a ilicitude dos atos da infiltração e dos depoimentos prestados. Nulidade da sentença condenatória e desentranhamento de eventuais provas contaminadas por derivação.

(HC 147837, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25-06-2019 PUBLIC 26-06-2019)

Em tempo, é importante o candidato tomar nota que a referida alteração também foi prevista no Estatuto do Desarmamento:

	Art. 17, §2º, da Lei 10.826/03 §2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado , quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.
--	--

Art. 18, parágrafo único, da Lei 10.826/03

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, **a agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente

Da atipicidade da importação de pequena quantidade de maconha

Situação que passou a ocorrer com certa frequência é a propositura de ações judiciais, com objetivo de obter um salvo-conduto para o cultivo da cannabis, visando a extração do óleo medicinal. Tais ações são comumente ajuizadas pelos responsáveis legais de pessoas que sofrem com quadro de epilepsia.

Além do cultivo, há quem tente o salvo-conduto para importação de sementes de maconha. Nesse caso, nesse sempre a finalidade é a utilização como fármaco.

Quanto a esses dois pontos, duas decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ser conhecidas:

CULTIVO DE <i>CANNABIS</i>	IMPOSTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA
É incabível salvo-conduto para o cultivo da cannabis visando a extração do óleo medicinal, ainda que na quantidade necessária para o controle da epilepsia, posto que a autorização fica a cargo da análise do caso concreto pela ANVISA. STJ. 5ª Turma. RHC 123402-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/03/2021 (Info 690).	É atípica a conduta de importar pequena quantidade de sementes de maconha. STJ. 3ª Seção. EREsp 1624564-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/10/2020 (Info 683).

No primeiro caso, segundo o STJ, a autorização do plantio de maconha depende de análise de critérios técnicos que não cabem ao juízo criminal, especialmente em sede de habeas corpus. Essa incumbência está a cargo da própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária que, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá autorizar ou não o cultivo e colheita de plantas das quais se possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos.

Já quanto ao segundo, o STJ entendeu que por inexistir a substância Tetrahydrocannabinol, também conhecida como THC, na semente de maconha, ela não pode ser considerada droga, já que estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea (em sentido estrito ou heteróloga). Assim, a semente de maconha não pode ser considerada droga.

Apesar da argumentação acima, poderia a semente de maconha ser considerada matéria-prima? Também não, já que a semente não se enquadra em tal conceito. Dito de outra forma: não se prepara a droga com a semente de maconha.

Poderia, no entanto, a importação de semente de maconha ser considerada crime de contrabando? No caso em análise, como a quantidade era pequena, o STJ entendeu que não, em razão do princípio da insignificância.

Das causas de aumento de pena

O artigo 40 da Lei 11.343/06 prevê diversas situações que, se ocorridas no caso concreto, podem acarretar o aumento de pena de um sexto a dois terços.

Considerando essa situação, pergunta-se: há o aumento de pena no caso do tráfico de drogas cometido nas dependências ou nas imediações de igreja? A resposta é **NÃO**.

Vamos ler o artigo:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...)

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;

Percebam que não há previsão para o tráfico de drogas cometido em local próximo a igrejas no rol das majorantes previstas no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, não podendo, dessa forma, ser utilizado com esse fim diante da impossibilidade de analogia in malam partem.

Aproveitando a situação acerca das majorantes, duas situações são relevantes:

- Ocorrendo o tráfico de drogas nas imediações de presídio, incidirá a causa de aumento do art. 40, III, da LD, **NÃO** importando quem seja o comprador. (HC 528.851/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020)
- O inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06 **NÃO** faz a exigência de que as drogas, objeto do crime, efetivamente passem por dentro dos locais que se busca dar maior proteção, mas apenas que o cometimento dos crimes tenha ocorrido em seu interior. (HC

440.888/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019)

Por fim, mas não menos importantes e ainda cobradas em prova, duas situações:

- De acordo com STF e STJ, o simples fato do agente levar a droga em transporte público, não a comercializando no local, não caracteriza a majorante prevista no artigo já citado. STF. 2ª Turma. HC 120624/MS, Red. p/ o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 3/6/2014 (Info 749) e STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.295.786-MS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 18/6/2014 (Info 543).
- Não incide a causa de aumento de pena mencionada, se a prática do tráfico de drogas ocorrer em dia e horário em que não facilite a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas. STJ. 6ª Turma. REsp 1719792-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 13/03/2018 (Info 622).

Confissão espontânea e o tráfico de drogas

Recentemente, o STJ publicou a Súmula 630, que possui a seguinte redação:

	<p>Súmula 630-STJ: A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.</p>
--	---

A referida súmula foi publicada, pois já aconteceu, por diversas vezes, do réu confessar a propriedade da droga, no entanto alegar que ela seria para consumo próprio, quando isso não era verdade.

Nesses casos, não será possível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, já que ela pressupõe que o réu reconheça a autoria do fato típico que lhe é imputado, ou seja, do tráfico de drogas. Quando não o faz, há uma clara tentativa de desclassificar a sua conduta para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, infração em que não há pena de prisão prevista.

Condenação por tráfico e ausência de apreensão da droga

Nesse ponto, há decisões para ambos os lados. Importante o conhecimento da jurisprudência, no intuito de eventual questionamento em prova subjetiva/oral.

Vamos aos mais recentes:

6ª TURMA DO STJ

5ª TURMA DO STJ

É imprescindível a apreensão da droga para que a materialidade delitiva, quanto ao crime de tráfico de drogas, possa ser aferida, ao menos, por laudo preliminar.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 165529/ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 06/10/2020.

Esta Corte já se manifestou no sentido de que a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1471280/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 26/05/2020.

Tráfico, internacionalidade e competência

Já de início, devo destacar que três súmulas devem ser memorizadas:

ATENÇÃO
DECORE!



Súmula 528 STJ

Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional. Terceira Seção, aprovada em 13/5/2015, DJe 18/5/2015.

Súmula 587 STJ

Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, 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 STJ

A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei 11.343/06) se configura com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.

As súmulas 587 e 607 afirmam que para caracterização da internacionalidade ou transnacionalidade do tráfico de drogas não há a necessidade da efetiva transposição da fronteira, bastando a prova da destinação.

É o caso, por exemplo, de um indivíduo preso na área de embarque de um aeroporto, com duas passagens internacionais compradas, sendo com ele encontrada grande quantidade de cocaína. Não é imprescindível a transposição de fronteiras, bastando demonstrar o seu interesse de levar as substâncias ilícitas para o exterior.

Superada essa parte, vamos falar de competência. Cabe a qual juízo processar e julgar?

De acordo com a já batida Súmula 522 do STF, “Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da justiça federal, compete à justiça dos estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes”. Em complemento, a jurisprudência tinha entendimento que cabia à Justiça do local da apreensão, conforme ideia já apresentada na citada Súmula 528 do STJ.

Não obstante, no dia **26/05/2021**, o STJ flexibilizou o teor da súmula, ao julgar o Conflito de Competência nº 177.882-PR:



Tráfico internacional. Importação. Apreensão da droga em Centro Internacional dos Correios distante do local de destino. **Facilidade para colheita de provas da autoria delitiva no endereço do destinatário do entorpecente. Competência do Juízo do local de destino da droga. Flexibilização da Súmula n. 528 do STJ.**

Processo - CC 177.882-PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 26/05/2021.

O referido entendimento já havia sendo aplicado por membros do Ministério Público Federal, que vislumbravam maior facilidade probatória se a competência fosse do local de destino e não no local em que a substância foi apreendida. Muitas das vezes, remetente e destinatário residiam em locais diversos do local da apreensão, o que dificultava a investigação e eventual ação penal. Essa é a razão do julgado e deve ser mantido tal entendimento, flexibilizando assim o teor da Súmula 528 do STJ.

Pontos mais cobrados em provas (lei seca e jurisprudência não tão recente)

- ✓ Lavratura do auto de prisão em flagrante delito

Nos termos do artigo 50, §1º, para a lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por **pessoa idônea** (singular). **Nesse caso, o laudo poderá ser preliminar.**

O laudo definitivo (exame químico-toxicológico) será necessário para a condenação do agente. Há decisões dos tribunais admitindo a juntada do exame após a sentença condenatória.

- ✓ Inquérito Policial

O Inquérito Policial relativo aos crimes previstos na lei de drogas deve ser concluído em:

- 30 dias, estando o indiciado preso;
- 90 dias, estando o indicado solto.

Os prazos, nos termos do artigo 51 da Lei de Drogas, podem ser **duplicados** pelo juiz, **mesmo no caso de indiciado preso**.

✓ Destruição das drogas apreendidas

- **COM** prisão em flagrante (art. 50): Antes da destruição, é preciso guardar uma quantidade para o exame definitivo, bem como para eventual contraprova. O MP irá fiscalizar a destruição da droga, que será feita pelo delegado de polícia. O local de destruição será vistoriado antes e após a destruição.
- **SEM** prisão em flagrante (art. 50-A): Quando a droga for apreendida sem prisão em flagrante, deverá ser destruída, por incineração, em até 30 dias, contada da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. Não há a necessidade da adoção das demais cautelas do art. 50.

✓ Dos crimes

a) Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas

É o crime previsto no artigo 33, §2º, da Lei de Drogas, cuja pena é de detenção, de um a três anos.

O induzimento, a instigação e o auxílio devem ser dirigidos a pessoas determinadas. A consumação exige o efetivo uso da droga, não basta só induzir, instigar ou auxiliar sem que a pessoa efetivamente faça uso. **Não é crime equiparado a hediondo.**

b) Cedente Eventual

É a infração penal prevista no artigo 33, §3º, da Lei de Drogas.

O importante, em tal crime, é memorizar os requisitos para ocorrência do delito:

 <p>ATENÇÃO DECORE!</p>	<p>Os requisitos abaixo são cumulativos:</p> <ul style="list-style-type: none">• Oferta <u>eventual</u> de drogas;• Oferta <u>gratuita</u>;• O destinatário da droga deve ser <u>pessoa do relacionamento de quem oferece</u>.• A droga deve ser destinada para <u>consumo em conjunto</u>. <p>A ausência de qualquer dos requisitos acima irá caracterizar a conduta do artigo 33, <i>caput</i>, da Lei 11.343/06.</p>
--	---

c) Financiamento ou custeio sem o tráfico

O crime previsto no artigo 36 da Lei de drogas visa atingir o financiador, não cometendo nenhum dos verbos previstos no artigo 33, *caput*, do mesmo diploma. É o caso, por exemplo, de um empresário, visando atingir lucros maiores, decide emprestar um milhão para um traficante adquirir drogas, devendo este pagar a quantia devida e repassar uma porcentagem dos lucros.

Este crime é uma exceção à Teoria Monista (quem concorre de qualquer forma para a prática do crime irá responder por ele), já que apesar de concorrer para a prática do tráfico de drogas o agente não irá responder por ele, mas sim pelo art. 36.



O agente que atua diretamente na traficância, executando, pessoalmente, as condutas tipificadas no art. 33 e que também financia a aquisição das drogas, deve responder apenas pelo crime previsto no art. 33 com a causa de aumento prevista no art. 40, VII, sendo afastado o crime do art. 36. O financiamento ou custeio ao tráfico ilícito de drogas (art. 36) é **delito autônomo** aplicável somente ao agente que **NÃO** tem participação direta na execução do tráfico, limitando-se a fornecer os recursos necessários para subsidiar a mercancia. Dessa forma, ao se falar em **AUTOFINANCIAMENTO** para o tráfico ilícito de drogas, não há que se falar em concurso material de crimes, devendo ser aplicado o artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, VII.

E é nesse sentido a decisão exarada pelo STJ, no REsp 1.290.296-PR.

d) Crime da Lei de Drogas cometido com criança e adolescente

Por fim, um entendimento não tão recente, mas constantemente cobrado em provas: é possível o concurso entre o crime previsto no art. 33 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 com o crime previsto no artigo 244-B do ECA (corrupção de menores)?

De acordo com a decisão exarada pelo STJ, no REsp 1.662.781-MT:

- Caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não esteja previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu responderá pelo crime praticado e também pelo delito do art. 244-B do ECA (corrupção de menores).
- Caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos seja o art. 33, 34, 35, 36 ou 37 da Lei nº 11.343/2006: ele responderá apenas pelo crime da Lei de Drogas com a causa de aumento de pena do art. 40, VI. **Não será punido pelo art. 244-B do ECA para evitar bis in idem.**

Em tempo, devo lembrá-los que de acordo com o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA.

Dica final

Não deixem de ler a alterações promovidas pelas Leis nºs 13.840/19 e 13.886/2019, em especial os artigos 60 e seguintes da Lei de Drogas.

4.7 - Da Captação Ambiental de Sinais

1.1 Noções Introdutórias

A CF, em seu art. 5º, XII, consagra a garantia da **inviolabilidade do sigilo das** comunicações, sendo esse um direito fundamental do indivíduo.

Em uma interpretação literal do dispositivo, temos que apenas o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser violado quando houver autorização judicial, nas hipóteses que a lei estabelecer.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Todavia, a interpretação a ser feita é a **sistemática**, já que prevalece na doutrina que inexistem direitos absolutos. Devemos trabalhar, nesse caso, com a o **princípio da convivência das liberdades fundamentais**, havendo a possibilidade dos outros sigilos serem quebrados. Nesse sentido, trechos de duas recentes decisões judiciais são relevantes:

Conforme previsto no art. 41, inciso XV, da LEP, o contato do preso com o mundo exterior é autorizado por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Mesmo no caso de comunicação por intermédio de correspondência escrita, permitida legalmente, **a Suprema Corte firmou jurisprudência no sentido de que, diante da inexistência de liberdades individuais absolutas, é possível que a Administração Penitenciária, sem prévia autorização judicial, acesse o seu conteúdo quando houver inequívoca suspeita de sua utilização como meio para a preparação ou a prática de ilícitos**. A necessidade de se resguardar a segurança, a ordem pública e a disciplina prisional, segundo a Corte Suprema, prevalece sobre a reserva constitucional de jurisdição (...) (HC 546.830/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 22/03/2021)

CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROVA OBTIDA POR MEIO DE ABERTURA DE ENCOMENDA POSTADA NOS CORREIOS. DIREITO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. RESERVA DE LEI E DE JURISDIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE JULGA PROCEDENTE. 1. Além da reserva de jurisdição, é possível ao legislador definir as hipóteses fáticas em que a atuação das autoridades públicas não seriam equiparáveis à violação do sigilo a fim de assegurar o funcionamento regular dos correios. 2. **Tese fixada: “sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.”** 3. Recurso extraordinário julgado procedente. (RE 1116949, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-241 DIVULG 01-10-2020 PUBLIC 02-10-2020

1.2 Terminologia

Antes de adentrar no tema, vamos trabalhar alguns conceitos imprescindíveis:

Interceptação: um terceiro faz a captação do diálogo telefônico ou ambiental travado entre duas pessoas, sem que nenhum dos interlocutores saiba.

Escuta: um terceiro faz a captação do diálogo telefônico ou ambiental travado entre duas pessoas, sendo que um dos interlocutores tem conhecimento que está sendo realizada a escuta.

Gravação: o diálogo travado entre duas pessoas, seja por meio telefônico ou ambiental, é gravado por um dos próprios interlocutores, sem o consentimento ou a ciência do outro (autogravação).



Há alguns questionamentos sobre a licitude da captação ambiental e a necessidade de autorização judicial. Para tanto, a doutrina tentou diferenciar as situações, a fim de facilitar o entendimento.

Em um local público, por exemplo, onde não há a expectativa de privacidade, a captação da conversa entre dois interlocutores seria lícita e não dependeria de autorização judicial.

Em um local público, porém a conversa é feita de modo sigiloso, haveria uma expectativa de proteção à intimidade e vida privada, de forma que a autorização judicial é imprescindível para validação da prova.

Há sigilos, no entanto, que sequer podem ser devassados, nem mesmo com autorização judicial, como a conversa entre cliente e advogado acerca de seu

direito de defesa.

Em local privado, há de haver autorização judicial para tanto. Lembrar do decidido pelo Plenário do STF no famoso Inq. 2.424, onde houve autorização judicial para escuta ambiental em escritório de advocacia, quando o próprio advogado era o suspeito da prática de crime.

1.3 Gerações de Prova (Trilogia Olmstead, Katz e Kyllo)

As gerações de prova cuidam de três precedentes da Suprema Corte dos EUA, versam sobre a necessidade ou não de autorização judicial para extração de dados e de conversas registradas em aparelhos apreendidos.

DIREITO PROBATÓRIO DE 1ª GERAÇÃO CASO OLMSTEAD	DIREITO PROBATÓRIO DE 2ª GERAÇÃO CASO KATZ	DIREITO PROBATÓRIO DE 3ª GERAÇÃO CASO KYLLO
<p>No caso citado, a polícia americana havia instalado um equipamento de interceptação, sem autorização judicial, em uma fiação na via pública.</p> <p>A Suprema Corte dos EUA entendeu que se tratava de prova lícita, pois não houve o ingresso na propriedade do acusado. A interceptação ocorreu em via pública.</p> <p>Por isso, ficou conhecida como Teoria Proprietária.</p>	<p>No caso citado, a polícia americana havia instalado um equipamento de interceptação, sem autorização judicial, em uma cabine de telefone público.</p> <p>A Suprema Corte entendeu que quando o indivíduo entra na cabine, fecha a porta e coloca a moeda no telefone, espera proteção à intimidade.</p> <p>Dessa forma, há um abandono da teoria anterior, passando a adotar a Teoria da Proteção Constitucional Integral.</p>	<p>No caso, a polícia desconfiava de um cultivo de maconha no interior de uma determinada residência, vindo a utilizar aparelhos de captação térmica.</p> <p>Com a utilização dos equipamentos, a polícia conseguiu um mandado de busca e apreensão.</p> <p>Aqui, a Suprema Corte entendeu que polícia não pode se valer de instrumentos que não estão à disposição de todos. O avanço da tecnologia não pode limitar a intimidade, a vida privada.</p>

1.4 Da Captação de Sinais

A captação de sinais foi incluída na Lei 9.296/96 pelo **Pacote Anticrime** (Lei nº 13.964/19). Está prevista no artigo 8º-A, que possui a seguinte redação:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a **captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos**, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do **caput** do art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

De forma idêntica à interceptação telefônica, a captação ambiental necessita de prévia autorização judicial, sendo exemplo de cláusula de reserva jurisdicional. São legitimados para requerer tal captação o Ministério Público e a autoridade policial.

A captação ambiental será cabível quando presentes os seguintes requisitos:

A prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes

Houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas

Diversamente do que ocorre na interceptação das comunicações telefônicas, cuja decretação exige que o delito seja apenado com o crime de reclusão, ao cuidar da captação ambiental, o art. 8º-A da Lei nº 9.296/96, **não faz esse tipo de exigência, limitando-se tão somente ao limite máximo da pena cominada ao delito, qual seja, ser superior a 4 anos.**

O requerimento deverá descrever **circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental**. Da mesma forma como ocorre com a interceptação telefônica, a captação ambiental não poderá exceder o **prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada**.

Insta ainda destacar que inicialmente o art. 8º-A, §2º, foi vetado pelo Presidente da República, com a seguinte justificativa:

A proposta legislativa gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar de seu alcance a 'a casa', nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de 'casa' deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal (v.g. HC 82.788, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12/04/2005).

Contudo, com base no art. 66, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, o Congresso Nacional derrubou esse veto.

Destarte, é válida a instalação de dispositivos de captação ambiental realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou até mesmo no período noturno, qual seja, no lapso temporal compreendido entre as 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco horas), nos termos do art. 22, §1º, III, da Lei de Abuso de Autoridade, exceto na casa, em consonância com o art. 5º, XI, da Constituição Federal.

O art. 8º-A, §4º, da Lei nº 9.296/96 também foi vetado pelo Presidente da República. Eis os motivos para tanto:

A proposta legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite a utilização como prova de infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v.g. Inq-QO 2.116, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).

Ocorre que esse veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional. Com isso, a gravação ambiental clandestina, executada sem o conhecimento do outro interlocutor, embora sem autorização judicial, é possível ser empregada apenas em favor da defesa, nas seguintes hipóteses consagradas pela jurisprudência: a) quando não há obrigação de guardar segredo (reserva da conversação); b) quando não restar caracterizado violação de sigilo; c) em razão de investida criminosa.

Entenda-se como integridade da gravação aquela marcada pela integralidade e continuidade das conversas e imagens captadas.

Por fim, uma **regra importante**: aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. Vale dizer, aos assuntos não tratados em lei para a captação ambiental adotam-se, de forma subsidiária, as regras específicas para a interceptação telefônica e telemática.

1.5 Jurisprudência Correlata

Em tempo, uma relevante jurisprudência acerca do tema aqui tratado:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXTORSÃO, CONCUSSÃO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO POR POLICIAIS CIVIS. POSSIBILIDADE DE APOIO DE AGÊNCIA DE INTELIGÊNCIA À INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO OCORRÊNCIA DE INFILTRAÇÃO POLICIAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA PARA A AÇÃO CONTROLADA. COMUNICAÇÃO POSTERIOR QUE VISA A PROTEGER O TRABALHO INVESTIGATIVO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A atividade de inteligência desempenhada por agências dos estados, que integram o Subsistema de Inteligência criado pelo Decreto n. 3.695, de 21/12/2012, consiste no exercício de ações especializadas para identificar, avaliar e acompanhar ameaças reais ou potenciais na esfera de segurança pública. Alcança diversos campos de atuação - um deles a inteligência policial judiciária - e entre suas finalidades está não só subsidiar o planejamento estratégico de políticas públicas, mas também assessorar com informações as ações de prevenção e repressão de atos criminosos.
2. Apesar de não se confundir com a investigação, nem se esgotar com o objetivo desta, uma vez que a inteligência de segurança pública opera na busca incessante de dados, o resultado de suas operações pode, ocasionalmente, ser aproveitado no processo penal para subsidiar a produção de provas, desde que materializado em relatório técnico.
3. No passado, no Estado do Rio de Janeiro, ante a necessidade de aperfeiçoar o combate a crimes cometidos por policiais, foi atribuída à Subsecretaria de Inteligência (SSINTE/SESEG) a missão de prestar apoio a determinados órgãos em suas

investigações criminais.

4. Nesse contexto, não é ilegal o auxílio da agência de inteligência ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro durante procedimento criminal instaurado para apurar graves crimes atribuídos a servidores de Delegacia do Meio Ambiente, em contexto de organização criminosa. Precedente.

5. O Parquet optou por não utilizar a estrutura da própria Polícia Civil para auxiliá-lo no procedimento apuratório criminal, e é incabível criar limitação, alheia ao texto constitucional, para o exercício conjunto da atividade investigativa pelos órgãos estatais.

6. Esta Corte possui o entendimento de que a atribuição de polícia judiciária às polícias civil e federal não torna nula a colheita de elementos informativos por outras fontes. Ademais, o art. 3º, VIII, da Lei n. 12.850/2013 permite a cooperação entre as instituições públicas na busca de dados de interesse da investigação.

7. Se agente lotada em agência de inteligência, sob identidade falsa, apenas representou o ofendido nas negociações da extorsão, sem se introduzir ou se infiltrar na organização criminosa com o propósito de identificar e angariar a confiança de seus membros ou obter provas sobre a estrutura e o funcionamento do bando, não há falar em infiltração policial.

8. **O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, de que a gravação ambiental realizada por colaborador premiado, um dos interlocutores da conversa, sem o consentimento dos outros, é lícita, ainda que obtida sem autorização judicial, e pode ser validamente utilizada como meio de prova no processo penal. No caso, advogado decidiu colaborar com a Justiça e, munido com equipamentos estatais, registrou a conversa que entabulou com policiais no momento da entrega do dinheiro após a extorsão mediante sequestro.**

9. A ação controlada prevista no § 1º do art. 8º da Lei n. 12.850/2013 não necessita de autorização judicial. A comunicação prévia ao Poder Judiciário, a seu turno, visa a proteger o trabalho investigativo, de forma a afastar eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte do agente público, o qual responderá por eventuais abusos que venha a cometer.

10. As autoridades acompanharam o recebimento de dinheiro por servidores suspeitos de extorsão mediante sequestro, na fase do exaurimento do crime, e não há ilegalidade a ser reconhecida em habeas corpus se ausentes circunstâncias preparadas de forma insidiosa, de forma a induzir os réus à prática delitiva.

11. O habeas corpus não se presta à análise de teses que demandam exame ou realização de provas.

12. Habeas corpus denegado.

(HC 512.290/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020)

5 - DIREITOS HUMANOS

5.1 - Controle de Convencionalidade

O Controle de Convencionalidade é um tema caro para a teoria dos Direitos Humanos e está presente em quase totalidade dos editais de concurso de Defensoria Pública – na DPE-GO não é diferente. Por isso, é importante conhecer as suas linhas gerais.

O controle de convencionalidade pode ser entendido como o juízo de compatibilidade entre duas normas jurídicas, sendo a norma parâmetro não a Constituição, mas os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, os costumes internacionais e outros atos normativos “internacionais” que compõem o bloco de convencionalidade. Ainda segundo a doutrina, o controle de convencionalidade pode ser de matriz nacional (realizado pelos juízes e tribunais nacionais) e de matriz internacional (realizado pelos tribunais internacionais). O controle de convencionalidade pode recair sobre atos internos, sejam eles comissivos ou omissivos. Nesse sentido, é a lição de André de Carvalho Ramos: *“O controle de convencionalidade consiste na análise de compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)”* (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401; grifo nosso).

Outrossim, o controle de convencionalidade pode ser construtivo ou destrutivo. O controle construtivo de convencionalidade é aquele que busca compatibilizar a legislação interna com as normas internacionais de direitos humanos através da via da hermenêutica, construindo interpretações que viabilizem a harmonia entre as convenções internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico doméstico. Já o controle destrutivo (também chamado de “saneador”) de convencionalidade é aquele que se materializa com a invalidação das normas domésticas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, e com base nas ideias de Néstor Pedro Sagués, é a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza: *“De acordo com Néstor Pedro Sagues, ao lado do controle destrutivo de convencionalidade, que envolve a invalidação das normas internas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se empreender também o controle construtivo de convencionalidade, que consiste em buscar ajustar a legislação interna à normativa internacional pela via hermenêutica, no afã de construir interpretações da primeira que se compatibilizem com parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos”* (SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito Constitucional: Teoria, Tópicos e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016. p. 53).

Ademais, embora não haja um verdadeiro “conflito” entre uma decisão do Supremo Tribunal Federal e uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é necessário que os tribunais domésticos e internacionais andem lado a lado para que a proteção internacional dos

direitos humanos se perfectibilize da melhor maneira possível. Com a adoção do “diálogo das cortes”, haveria uma maior interação entre os tribunais nacionais e internacionais e, conseqüentemente, menos ações de responsabilização por violações de direitos humanos, dado que os entendimentos dos tribunais nacionais estariam, muito provavelmente, alinhados com a jurisprudência das cortes internacionais.

No atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos, o critério do diálogo das cortes é, na maioria das vezes, insuficiente. No Brasil, o próprio STF tem postura lamentável ao ignorar, na grande maioria dos casos, os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo-lhes menção apenas quando determinado entendimento da Corte IDH corrobora o entendimento que o STF pretende que prevaleça.

Caracterizada a insuficiência do “diálogo das cortes”, a doutrina criou a teoria do duplo controle (ou duplo crivo) de direitos humanos para tentar solucionar a divergência entre a jurisprudência nacional e a internacional. Segundo essa teoria, os direitos humanos possuem no Brasil uma dupla garantia: controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, e o controle de convencionalidade autêntico, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, com base na teoria do duplo controle de direitos humanos, seria possível dirimir uma eventual controvérsia aparente entre uma decisão do Supremo Tribunal Federal e uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos; seria necessário para tanto que o entendimento esposado por ambas as Cortes respeite ao mesmo tempo o crivo da constitucionalidade e o crivo da convencionalidade. Vejamos a lição do criador da teoria do duplo controle, o professor e Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos: *“De um lado, o STF, que é o guardião da Constituição e exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), a maioria dos votos decidiu que o formato amplo de anistia foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Por outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte IDH, a Lei da Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José. Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. No caso da ADPF 153 houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional. A partir da teoria do duplo controle, agora deveremos exigir que todo ato interno*

se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 408).

No Brasil, diversos são os exemplos nos quais já se discutiu/utilizou o controle de convencionalidade, tais quais:

- Direito de consulta às comunidades tradicionais e art. 6º da Convenção 169 da OIT;
- Problematização sobre a convencionalidade ou não do delito de desacato (STJ, HC 379269);
- Inexigibilidade pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do diploma de jornalista para o exercício da referida profissão (OC nº 5 da Corte IDH e RE 511961);
- Impossibilidade da prisão civil do depositário infiel (HC 87525);
- Implementação das audiências de custódia no Estado brasileiro (Art.7.5 da CADH e ADI 5240);
- Mudança de nome pela pessoa transgênero/transsexual (OC 24 Corte IDH e ADI 4275).

Finalmente, é importante apontar que segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Gelman vs. Uruguai), todas as autoridades públicas, inclusive os Defensores Públicos, têm o dever de exercer o controle de convencionalidade. Sobre este ponto, é a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli: *“ Ainda que este tópico estude precipuamente o controle jurisdicional de convencionalidade, é necessário ter nítido que, a partir do julgamento do caso Gelman vs. Uruguai, de 24.02.2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos amplia essa obrigação a todos os órgãos vinculados à administração da justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes. Seria o caso, no Brasil, v.g., de se exigir cada vez mais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a obrigação de controlar a convencionalidade das leis que aplica nos casos concretos”* (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 113; grifo nosso).

5.2 - Conceito, Sentido, Características e Evolução Histórica dos Direitos Humanos

Noções Gerais

>**CONCEITO:** é possível conceituar os direitos humanos a partir de uma perspectiva material/substantiva, bem como de um ponto de vista formal/objetivo.

-**Perspectiva Material/Substantiva:** direitos humanos são aquelas prerrogativas **indispensáveis** a uma vida digna. São, portanto, os direitos mais **básicos** e **essenciais** de um sujeito de direitos.

-**Perspectiva Formal/Objetiva:** são direitos humanos aqueles previstos em **normas internacionais**.

>NOMENCLATURAS CORRELATAS:

- “Direitos do Homem”: quando se fala em direitos do homem, normalmente se faz referência aos **direitos naturais**, isto é, os que são **inatos** aos seres humanos e que **independem de positividade** ou de reconhecimento em textos normativos. Percebe-se, portanto, que a expressão **não é sinônimo** de “direitos humanos”!

A partir dessa distinção, é comum encontrar a afirmação de que os direitos humanos são uma **conquista da modernidade**, enquanto os **Direitos do Homem são direitos naturais** que **sempre existiram** e decorrem ou da razão humana (jusnaturalismo racionalista) ou da razão divina (jusnaturalismo de matriz religiosa), conforme se verá no próximo tema da presente rodada.

- “Direitos Fundamentais”: expressão é utilizada para designar os direitos positivados nas Constituições nacionais.

>CLASSIFICAÇÃO QUANTO À ESTRUTURA: André Carvalho Ramos¹¹ classifica os direitos humanos quanto à estrutura. Afirma que todo direito exprime a faculdade de exigir de outrem, que pode ser o Estado ou um particular, determinada obrigação, de modo que os direitos humanos ostentam **estrutura variada**. A saber:

-**Direito-liberdade**: possibilidade de agir sem embaraço em determinado campo da via. Ex.: liberdade religiosa;

-**Direito-pretensão**: possibilidade de exigir de outrem uma contrapartida.

-**Direito-Poder**: implica para a outra parte um estado de sujeição.

-**Direito-Imunidade**: espaço de autorização conferido a um indivíduo no âmbito do qual as ingerências externas são rechaçadas.

¹¹ **RAMOS**, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg 24.



>CARACTERÍSTICAS:

Fazendo um apanhado das características trabalhadas pelos diversos autores, nós temos que os direitos humanos são dotados de:

-**Universalidade**: são direitos **de todos**, afirmação que se contrapõe à categorização dos seres humanos em castas ou estamentos. Todos são titulares do **mesmo rol** de direitos;

-**Essencialidade**: versam sobre os valores **indispensáveis** à vida **digna**, mais essenciais ao ser humano;

-**Superioridade Normativa (preferenciabilidade)**: implica dizer que os direitos humanos têm **preferência de implementação**, afastando os argumentos de conveniência estatal postos como obstáculo. Lembrar da famosa jurisprudência do STF de que a reserva do possível é inoponível ao mínimo existencial;

-**Reciprocidade**: refere-se ao entrelaçamento e da coexistência de direitos humanos, no sentido de que são titularizados por todos e a todos oponíveis. São **direitos de todos** e são **exigíveis** não só **do Estado**, como também **de toda a coletividade**.

-**Indisponibilidade ou Irrenunciabilidade**: não são passíveis de disposição, nem podem ser renunciados por vontade de seu titular.

-**Inalienabilidade**: não podem ser cedidos a outrem, nem a título gratuito, nem a título oneroso.

-**Inexauribilidade ou Abertura**: significa que o catálogo de direitos humanos está sempre em expansão, sendo possível o surgimento de novos direitos criados, reconhecidos e declarados.

-**Imprescritibilidade**: não se extinguem inércia do seu titular.

-**Indivisibilidade**: são **interdependentes** e **indivisíveis**, de modo não que não se pode falar em exercício apenas dos direitos civis e políticos, desprezando direitos econômicos, sociais e culturais, porque esses direitos são ligados e são **reciprocamente condicionantes** para que se alcance e promova dignidade.

-**Interseccionalidade**: é um conceito que se refere à **SOBREPOSIÇÃO de diversas formas de discriminação**, que, quando concentradas em uma pessoa, interagem e tem um resultado diferente do verificado quando há um critério isolado. Assim, se na sociedade há **opressões** que

se **sobrepõem**, a **proteção** conferida pelos direitos humanos **precisa também as considerar**. Essa questão está intimamente relacionada à questão da **indivisibilidade**, pois todos os direitos estão interligados. Quando a pessoa só tem uma categoria de direitos respeitada, sendo **outro desprezado**, na verdade, **toda a sua dignidade está sendo violada**.



EXEMPLIFICANDO

O **Estatuto da Igualdade Racial** **expressamente** prevê a consideração das condições de gênero e raça da mulher negra, o que acentua a **distância social** entre elas e os demais segmentos sociais (art. 1º, parágrafo único da lei 12.288 de 2010).

-**Vedação do Retrocesso ou Efeito *Cliquet***: significa que quando é alcançado determinado patamar civilizatório, de implementação de determinados direitos, não se pode mais retroceder na proteção, amesquinhando as conquistas já consolidadas.

Evolução Histórica dos Direitos Humanos

Existem **diferentes MODOS** de abordar a temática da evolução histórica dos direitos humanos: a clássica, tradicional (ponto de vista ocidental, eurocentrado) que daremos ênfase porque, para fins de concurso em geral, é o que costuma ser cobrado, mas, como combinei com vocês antes, vou passar por outras visões, como uma forma de **dialogar com o ponto 3**.

No modo **tradicional** de contar a história dos Direitos Humanos **há autores** que estabelecem como marco inicial **antecedentes históricos muito remotos**, enxergando embriões dos direitos humanos em todas as lutas pela limitação do poder e garantia de direitos. **Outros**, por sua vez, tratam a proteção dos direitos humanos como **fenômeno mais recente**, surgido a partir das **Revoluções Burguesas**.

A própria definição desse marco inicial impacta na importância que se pretende dar aos direitos humanos. Normalmente, os autores que buscam encontrar antecedentes mais remotos, como nos Hebreus, na antiguidade clássica, na democracia ateniense etc., **mais do que contar uma história**, eles estão fazendo uma **afirmação, marcando uma posição**, estão dizendo:

"Olha, os direitos humanos sempre existiram, são muito importantes para a humanidade, então, são direitos perenes, não podem sofrer retrocessos, deverão sempre e para sempre ser protegidos". Geralmente, essa abordagem se liga a uma forma de encarar os direitos humanos como um **legado valioso** que deve ser **estudado, aprofundado, esmiuçado**. Entender de onde veio, quais foram as transformações. Como se fosse uma **perspectiva mais otimista, mais positiva**. Podemos citar como exemplo **Lynn Hunt** em **"A invenção dos direitos humanos"**.

Já quando se fala em um sentido mais estrito, em antecedentes mais próximos no tempo, quando já se passou a efetivamente utilizar um **vocabulário dos direitos humanos**, como por exemplo, as reações aos horrores do nazismo, costuma-se entender os direitos humanos como um fenômeno **contingencial**, que verificado apenas em determinadas conjunturas político-sociais. Não percebem os DH como algo que esteve ali desde sempre, quase que **inevitável**, mas sim como fenômeno mais localizado, mais **específico** e que, inclusive, **tende a ser visto com MAIS DESCONFIANÇA**.

Percebem que tem uma conotação bem diferente?

Bobbio nos ensina que Os direitos humanos **NASCEM** como direitos **naturais universais**, **DESENVOLVEM-SE** como direitos **positivos particulares** (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos), para finalmente encontrar a plena realização como **direitos positivos universais**". A referência a direitos "positivos universais" se refere ao processo de **Internacionalização dos Direitos Humanos**.

André de Carvalho Ramos classifica a internacionalização como:

-**Internacionalização em sentido AMPLO**: consiste na existência de normas do direito internacional que, a despeito de não versarem expressa ou exclusivamente sobre os direitos humanos, versam sobre a proteção do ser humano. São exemplos as normas de proteção **contra escravidão**, direito dos **estrangeiros** (proteção diplomática), normas de proteção de **vítimas de conflitos armados**. **Minorias** (pós 1ª Guerra, Liga das Nações); proteção dos direitos do **Trabalhador**, a partir da OIT.

-**Internacionalização em sentido ESTRITO**: consiste na criação de um corpo **SISTEMATIZADO** e **COERENTE** de normas, dotadas de principiologia, objetos e metodologia própria.

Agora que já entendemos que a historiografia também tem suas nuances e diferentes perspectivas, vamos esquematizar a evolução histórica consagrada nos manuais e cobradas com frequência nas provas. E, ao final, abordaremos uma forma **latino-americana** de contar a história dos direitos humanos.

>**FASE PRÉ-ESTADO CONSTITUCIONAL**:

-**Antiguidade:** de acordo com Fábio Konder Comparato em sua obra “**A afirmação histórica dos direitos humanos**”, vários filósofos e pensadores abordaram o tema dos direitos dos indivíduos, influenciando-nos até os dias de hoje: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China e o Dêutero-Isaías em Israel. André de Carvalho Ramos¹² aponta que o “**ponto em comum entre eles é a adoção de códigos de comportamento baseados no amor e respeito ao outro.**”

-**Democracia Ateniense e República Romana:** em razão da possibilidade, em Atenas, de **eleição** dos governantes e de tomada de **decisão diretamente** pelos cidadãos; em Roma, havia **controle** recíproco dos diferentes órgãos de exercício **do poder**.

-**Idade Média:** com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, com a **Magna Carta** de 1215.

-**Século XVII:** com o *habeas corpus* e com a **Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of Rights*)**.

>ESTADO CONSTITUCIONAL:

-**Independência Americana e Revolução Francesa: MUITO IMPORTANTE!** A partir das declarações de direitos provenientes das revoluções liberais, os direitos humanos começaram a assumir as feições que hoje conhecemos. Os documentos históricos são a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, em 16 de junho de 1776, nos Estados Unidos da América e a francesa *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789.

- **Reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social:** a conquista de uma isonomia formal, no marco do liberalismo, rapidamente revelou-se como insuficiente à emancipação e proteção das pessoas em face da exploração capitalista da mão-de-obra. No contexto de brutal **pauperização das massas de proletários**, as lutas sociais viram seus reflexos na **Constituição mexicana de 1917** e na **Constituição de Weimar de 1919**, enquanto instrumentos de afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de sorte a resgatar uma intervenção estatal para proteger e promover direitos das classes sociais oprimidas.

>INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:

-**Primeira Fase:** teve início na segunda metade do século XIX, terminando com a Segunda Guerra Mundial. Disse respeito ao **Direito Humanitário** (tem como marco a Convenção de Genebra de

¹² RAMOS. **op. cit.** p. 28.

1864), a **luta contra a Escravidão** (o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890) e a **regulação dos direitos do trabalhador assalariado** (marcado pela criação da OIT, em 1919).

-**Evolução a partir de 1945, com a Carta da ONU**: finda a Segunda Guerra Mundial, o mundo se confrontou com a face horrenda das obras do totalitarismo, o que promoveu um consenso profundo a respeito da necessidade de se conferir proteção à dignidade humana, para além da mera legalidade estatal. Esse movimento de valorização da dignidade humana culminou com a **criação da ONU**, regida pela **Carta das Nações Unidas (1945)**, e se consolidou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, ambas de 1948.

A partir desse marco, houve a estruturação **orgânica** e **normativa** do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, que será objeto de estudo nas próximas rodadas.

As Gerações ou Dimensões de Direitos Humanos

É do jurista francês Karel Vasak a famosa classificação dos direitos humanos em gerações, em alusão ao lema da Revolução Francesa, divulgada por Norberto Bobbio. Duas críticas centrais foram feitas a essa classificação: a **NOMENCLATURA** imprime ideia de superação de uma geração por outra, **contrariando** a característica da **historicidade** dos direitos humanos; e a ideia de fracionamento geracional antagoniza a **indivisibilidade** dos direitos humanos.

Após as críticas relativas à nomenclatura, alguns autores passaram a utilizar a expressão “dimensões dos direitos humanos”, no entanto, não escaparam às críticas relativas à incompatibilidade com o caráter indivisível dos direitos humanos. Fato é que a teoria geracional/dimensional é **MUITO** cobrada em prova e, por isso, estudaremos cada uma das gerações, inclusive as que vêm sendo adicionadas pela doutrina ao longo do tempo. Vejamos:

-**1ª Dimensão**: Refere-se ao valor “**liberdade**”, representando liberdades públicas dos indivíduos oponíveis ao Estado. Na **primeira geração** estão os **direitos de liberdade**, os primeiros a serem positivados nos textos normativos tanto de natureza constitucional, quanto internacional, são os chamados **direitos civis e políticos**. São direitos do **indivíduo e oponíveis ao Estado** (direitos **de resistência** ou de **oposição**), tais como o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

- **2ª Dimensão**: refere-se ao valor “**igualdade**”. Os direitos de **segunda geração**, por sua vez, correspondem aos **direitos de igualdade**. São os direitos econômicos, sociais e culturais, que se caracterizam por exigir do **Estado papel ativo** no fornecimento de **prestações** com vistas ao atendimento das necessidades dos indivíduos. No plano internacional, notadamente no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os direitos de segunda geração foram **remetidos à esfera dos direitos programáticos**, conforme ensina Valerio Mazzuoli.

- **3ª Dimensão:** Refere-se ao valor “**fraternidade**”. São direitos de titularidade difusa, ou seja, de toda a comunidade, como o **direito ao desenvolvimento**, o **direito à paz**, o direito à **autodeterminação** e, especialmente, o direito ao **meio ambiente** equilibrado.

Tem sido recorrentes os acréscimos de novas gerações de direitos feitos pela doutrina. **Paulo Bonavides**, por exemplo, **atribui à QUARTA geração** dos direitos humanos os direitos relacionados à **GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA**, à **democracia**, à **informação** e ao **pluralismo**, bem como menciona uma **QUINTA** geração, na qual insere o direito à **paz** em toda humanidade.

Finalizamos nesse ponto, caras e caros, a abordagem tradicional da história dos direitos humanos, **combinando** as visões que apontam o **marco inicial remoto** com a que vê os direitos humanos como **construção mais recente**. Pontuando os momentos e documentos históricos considerados mais relevantes.



Conforme nosso acordo inicial, considerando as referências do **edital da DPE/BA à anticolonialidade**, apresento a **perspectiva latino-americana** da construção dos direitos humanos, principalmente no momento histórico **ANTERIOR À CARTA DA ONU!** Sim, futuras Defensoras e Futuros Defensores!! **Antes da Carta da ONU**, já existia um movimento pelos direitos humanos, inclusive com o uso do vocabulário próprio, na América Latina!

Contribuições dos Países Latino-Americanos na Construção dos Direitos Humano.

Pela forma eurocentrada, isto é, a partir da perspectiva dos Colonizadores, a impressão que se tem é que, com as Revoluções Liberais, com o Iluminismo e a partir dos eventos pós-Segunda Guerra, é que, lá na Europa, a **ideia** dos direitos humanos **nasce** e, **posteriormente**, essas ideias teriam sido **trazidas** para o nosso âmbito regional, como se tivesse havido uma **importação**.

É como se da Conferência de **Dumbarton Oaks em 1944** (em que forças vencedoras da Segunda Guerra colocaram em discussão mecanismos para garantir a segurança e paz mundial), já se tivesse dado um salto histórico chegando na Carta da ONU em 1945.

No entanto, há um **evento DETERMINANTE** nesse processo, ocorrido **após** Dumbarton Oaks e **antes** da edição da Carta da ONU, no **México em fevereiro de 1945**.

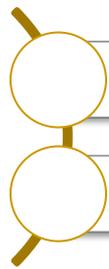
Esse evento foi a “**Conferência Interamericana Sobre Problema da Guerra e da Paz**”. Os Estados latino-americanos, insatisfeitos com as deliberações tomadas em Dumbarton Oaks, se reuniram no México e manifestaram seu desejo de **incluir na Carta da ONU MAIS previsões relativas ao**

tema dos DIREITOS HUMANOS. Essa foi a deliberação dos delegados latino-americanos! É como se tivessem dito:

"Vamos para Conferência de São Francisco brigar para encher a Carta da ONU de dispositivos sobre os Direitos Humanos!"

>INFLUÊNCIAS NA CARTA DA ONU:

E essa "briga" resultou na **EXPANSÃO** dos dispositivos de **direitos humanos** contidos na Carta da ONU, bem além das inicialmente acordadas em Dumbarton Oaks. Além dessa ampliação quantitativa, também podemos falar no incremento **qualitativo** decorrente dessa atuação dos delegados Latino-Americanos. Vou sintetizá-los para vocês:



Ampliação do número de dispositivos relativos aos Direitos Humanos na Carta da ONU.

O Papel de **Bertha Lutz** (brasileira) e **Minerva Bernardino** (dominicana) na **inclusão** da igualdade de gênero na Carta da ONU.

É muito **raro** encontrar **referências** a **atuação de atores latino-americanos** na construção dos DH no marco da Carta da ONU e **menos ainda de mulheres**. E o papel delas na inclusão da temática dos direitos humanos **foi fundamental** na primeira linha no tema de igualdade de gênero.

Eram representantes mulheres que, além de ter que enfrentar os representantes masculinos (que era a maioria, já que apenas 4 mulheres assinaram a Carta da ONU), ainda tiveram que se deparar com a **resistência de Diplomatas Mulheres** (Britânicas e Norte-Americana), notadamente Virginia Gildersleeve, para quem a situação das mulheres já "estaria bem estabelecida" nos EUA e **estava irritada com a discussão, debate em torno de vocabulário** (vide reportagem do site da ONU¹³).

>INFLUÊNCIAS NA DUDH:

¹³ <https://nacoesunidas.org/exclusivo-diplomata-brasileira-foi-essencial-para-mencao-a-igualdade-de-genero-na-carta-da-onu/>

-**Previsão do Acesso à Justiça:** (art. 8º) veio de contribuições, notadamente do México, Chile e Cuba (dispositivos específicos que acabaram sendo incorporados, depois de convencer da relevância daquela perspectiva).

-**Direitos Sociais e Econômicos:** é comum atribuir o protagonismo para inclusão desses direitos à União Soviética. No entanto, os registros das tratativas mostram a importância da atuação de Hernán Santa Cruz (chileno), que foi fervoroso defensor da inclusão desses direitos na Declaração.

Percebem, caras e caros, a importância de reconhecer essa atuação latino-americana e feminina na construção **orgânica** e **normativa** dos órgãos de proteção dos direitos humanos?! Compreenderam como o **contar da história** é determinante na compreensão do sentido e alcance dos direitos humanos?

Com isso, eu finalizo a abordagem histórica dos direitos humanos por agora! Nas próximas rodadas, quando estivermos tratando do Sistema Interamericano, terei a oportunidade de inserir outros **antecedentes históricos dos direitos humanos na América Latina**, bem anteriores!

5.3 - Os Direitos Humanos na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 foi promulgada seguidamente à superação do regime ditatorial militar e, como reação às barbáries perpetradas por esse regime, foi dotada de um extenso rol de direitos fundamentais, mas, **mais que isso**, introduziu a temática na **estrutura fundante da República**, alçando os direitos humanos à condição de **fundamento e de objetivo da República**, além de **princípio norteador das relações internacionais**.

É importante destacar para vocês que a própria **topografia** da constituição dá a tônica da centralidade dos direitos humanos. Isso porque, nas constituições anteriores, era comum que a estruturação do Estado aparecesse primeiro e, só bem lá na frente, se fazia previsão da carta de direitos das pessoas.

A CRFB/88, logo a partir do seu art. 5º, apresenta seu **rico rol de direitos** das diversas espécies, seja qual for o critério de classificação que se adote (individuais, liberais, coletivos, sociais etc.). **Nossa constituição contempla a todos!** Somente após essas proclamações é que há previsão das competências dos entes, da estruturação da Administração e por aí vai.

Flávia Piovesan ressalta que tal opção topográfica significa a mudança da ótica **ex parte principis** para ótica **ex parte populi**, porque quando o constituinte aloca os direitos fundamentais na parte inaugural da constituição, informa a **mudança da ótica do Estado**. Assim, a ênfase da Constituição passa do Estado para os cidadãos.

Percebem, queridas e queridos, que, em cada **mínimo detalhe da nossa constituição pulsam os direitos humanos**?! Isso é muito relevante, especialmente quando se fala na **eficácia irradiante**

desses direitos, que, enquanto ordem de valores, irão se interpenetrar em todo o ordenamento jurídico! Daí a grandiosidade do nosso estudo!

Feita essa introdução, vamos à análise os dispositivos constitucionais!

Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República

A dignidade da pessoa humana está prevista constitucionalmente como um dos **fundamentos** da República e constitui um **núcleo essencial de irradiação** dos direitos humanos, a lançar seus efeitos por todas as demais normas do ordenamento. Os fundamentos da República **convergem para a proteção** dos direitos humanos.

Segundo André de Carvalho Ramos¹⁴:

Essas opções refletem o desejo do constituinte de agregar, como fundamento da República (...) valores políticos dos mais diversos quilates, redundando em uma sociedade diversificada e plural. Para que se tenha

essa sociedade pautada na pluralidade e respeito aos diferentes valores é essencial que exista

a proteção de direitos humanos, para que todos tenham assegurada uma vida digna.

Instituir a dignidade como fundamento, ou seja, **base estruturante sobre a qual se assenta todo o Estado**, implica dizer que **toda e qualquer conduta estatal**, desde a atuação legislativa, elaboração de políticas públicas, execução de atos pela Administração Pública, tudo isso deve ser pautado pela dignidade humana. Há a imposição, portanto, de uma **releitura** do ordenamento a partir da ótica dos direitos humanos.

Continuarei, nesse tópico, a análise da estrutura constitucional atinente aos direitos humanos, mas já adianto que, no tema **a seguir, aprofundaremos** a respeito da **dignidade** da pessoa humana e seus **usos possíveis**.

Proteção da Pessoa Humana como Objetivo Fundamental da República Estado

¹⁴ RAMOS, *op. cit.* p. 346.

O art. 3º, ao elencar os **objetivos** fundamentais, **reafirma a dignidade** como **valor central**, haja vista que todos os objetivos descritos pelo dispositivo se relacionam, em alguma medida, com a promoção da dignidade humana, notadamente no inciso IV “promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, **raça**, sexo, **cor**, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**”.

Os objetivos da República são os fins perseguidos, de modo que o Estado brasileiro deve guiar suas condutas buscando forjar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Prevalência dos Direitos Humanos como Princípio Regente das Relações Internacionais

Informa a **superação do paradigma** das relações internacionais **limitadas** aos interesses **soberanos** dos Estados, ou a questões meramente **comerciais**. A proteção internacional dos direitos humanos impõe aos Estados deveres que são assumidos em prol da pessoa humana, por ela titularizados.

A previsão, na constituição da prevalência dos direitos humanos, **impede** que Brasil a **adote** medidas, no plano internacional, que venham a **frustrar ou violar** os direitos humanos. Além disso, conduz o Estado brasileiro a **adotar medidas de promoção** desses direitos, a celebrar **tratados** sobre a matéria, a integrar **organismos internacionais** de proteção dos direitos humanos, entre outras condutas.

Aplicabilidade Imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais

O § 1º do art. 5º da Constituição expressamente consigna a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, de modo a **rechaçar** qualquer **condicionamento** à sua aplicação. A referida norma foi objeto de intenso debate acerca da sua incidência ou não no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, haja vista que, **topograficamente**, está localizado no art. 5º, que versa sobre direitos civis e políticos.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, partindo da redação do dispositivo que, indistintamente menciona “**direitos fundamentais**”, referindo-se ao **gênero** e não à **espécie**, decidiu pela **aplicabilidade do § 1º do art. 5º** também aos direitos sociais.

Abertura e Expansividade do catálogo de direitos humanos

O art. 5º, § 2º, da CF é referencial normativo da ideia de que os direitos humanos/fundamentais vão **além** do conceito **formal**, existindo, portanto, uma **concepção material**, no sentido de que, em razão de seu conteúdo, de sua substância, esses direitos integrarão a ordem fundamental da constituição de um Estado, ainda que **não** tenham sido **inseridos expressamente** no catálogo definido pelo constituinte.

Destaco para vocês as lições de Mitidiero, Sarlet e Marinoni¹⁵:

Assim sendo e em princípio, com base no entendimento subjacente ao art. 5.º, § 2.º, da CF, podemos, desde logo, cogitar de *duas espécies de direitos fundamentais*: (a) direitos *formal E materialmente* fundamentais (portanto, sempre ancorados, ainda que implicitamente, na constituição formal); (b) direitos *apenas materialmente* fundamentais, no sentido de direitos que não estão sediados no texto constitucional. Embora esta seja a distinção adotada, é preciso referir a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos *apenas formalmente fundamentais*, que, embora previstos no texto constitucional, não teriam relação direta com a dignidade da pessoa humana e outros bens e valores fundamentais compartilhados pela sociedade brasileira e pela comunidade internacional.

Além da abertura e expansividade referida, o dispositivo em comento também dispõe sobre a força *jurídica* e *vinculante* dos tratados internacionais de direitos humanos.

Direitos Humanos como Cláusulas Pétreas:

Conforme art. 60, §4º, IV da Constituição, é vedada a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. As cláusulas pétreas são a garantia de um **núcleo duro de identidade constitucional**, cujo amesquinamento é proibido ao constituinte de reforma.

É relevante ressaltar que a CRFB/88 inovou ao incluir os direitos de garantias individuais como cláusulas pétreas, haja vista que, nas ordens constitucionais anteriores, a imutabilidade dizia respeito apenas às estruturas do Estado e ao Governo.

ADCT e Formação de um Tribunal Internacional

O art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que o "Brasil propugnará pela formação de um **tribunal internacional dos direitos humanos**".

Com isso, minhas queridas e meus queridos, encerramos o estudo dos Direitos Humanos na Constituição e passaremos a analisar a dignidade da pessoa humana.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 398

5.4 - Os tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional

Nesse ponto trabalharemos os seguintes itens do edital:

A posição hierárquica dos tratados internacionais de Direitos Humanos em face da Constituição da República do Brasil. As possibilidades de aposição de reservas e de oferecer denúncia relativas aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

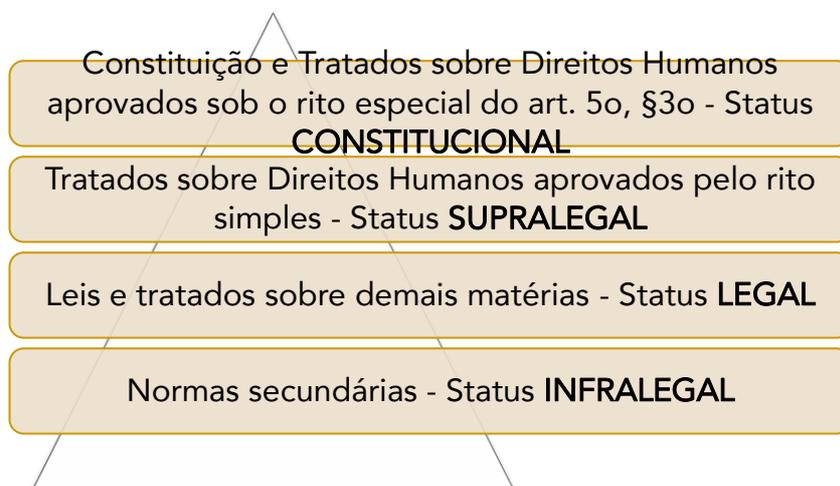
Até o advento da EC 45/2004, a fase de apreciação legislativa ou congressional dos tratados internacionais de direitos humanos seguia o mesmo procedimento da deliberação sobre os demais tratados. No entanto, veja a importante previsão trazida pela Emenda Constitucional 45/2004:

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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Trata-se de outorga explícita da presença de hierarquia normativa aos tratados que disponham sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito especial de 3/5 dos votos em 2 turnos em cada casa do CN.

Os pactos dessa matéria aprovados pelo rito especial acima adquirirão o status de emenda constitucional, enquanto tratados de outras matérias que não direitos humanos ou até mesmo os que versem sobre essa temática se não aprovados mediante o procedimento do art. 5º, §3º, CF não obterão essa condição. Assim, temos:



Dito isso, pergunta-se: O Congresso, sempre que se deparar com um tratado internacional de Direitos Humanos, deve observar o procedimento especial do art. 5º, §3º, CF? **NÃO!** O Congresso Nacional tem discricionariedade para decidir se submeterá o tratado à aprovação pelo tratado ao procedimento comum ou pelo rito que conferirá status de emenda constitucional.

Outro questionamento pertinente: Um tratado internacional que verse sobre direitos humanos e tenha sido aprovado pelo procedimento simples antes da criação do rito especial pela EC 45/2004 poderá ser submetido novamente à apreciação do CN, desta vez sob o procedimento do art. 5º, § 3º, para adquirir o status de norma formalmente constitucional? **SIM!** É possível que o Congresso Nacional decida posteriormente por submetê-lo ao procedimento qualificado do art. 5º, § 3º, a fim de lhe conferir o status de norma equivalente à emenda constitucional.

Neste sentido, vejamos a lição de Mazzuoli¹⁶:

“(...) O que o parágrafo faz é tão somente autorizar o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a ‘equivalência de emenda’ aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isso significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais. Sequer de passagem

¹⁶ ¹⁶ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 142-143.

a Constituição obriga o Parlamento a dar cabo ao procedimento referendatário pela maioria qualificada estabelecida no art. 5º, § 3º, sendo discricionariedade do Poder Legislativo a aprovação do tratado com ou sem este quórum especial”.

Na prática, uma das principais diferenças entre os tratados que versem sobre direitos humanos que tenham sido aprovados em 2 turnos de cada casa do Congresso por maioria de 3/5 dos votos e os que tenham seguido o procedimento comum até sua ratificação é a hipótese de denúncia do tratado.

Denúncia é o ato unilateral por meio do qual um Estado manifesta sua vontade em desvincular-se de um tratado internacional e desobrigar-se do pactuado. Note que há aqui divergência doutrinária:

- Para Mazzuoli, a denúncia, da mesma forma que a ratificação, depende da aprovação do Congresso Nacional.
- Para Rezek, no Brasil, tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional poderão denunciar um tratado internacional.

O entendimento adotado pelo STF é o de que os tratados de direitos humanos que tenham sido aprovados pelo rito especial só poderão ser denunciados mediante o voto de 3/5 dos membros das 2 casas do Congresso em votação de 2 turnos, enquanto os outros tratados (sobre qualquer matéria que seja, inclusive de direitos humanos que não tenha sido aprovado pelo procedimento especial) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, dispensando autorização do CN.

Ainda, com a EC 45/2004, temos um outro parâmetro constitucional de confronto: os tratados de direitos humanos aprovados sob o rito especial, que entram no rol de normas que compõem o bloco de constitucionalidade.

Destaca-se ainda a celeuma enfrentada nos RE 466.343 e 349.703 que declarou a inconveniência da prisão civil do depositário infiel no ordenamento brasileiro. Trata-se de previsão do art. 5º, LXVII, CF que vai de encontro ao disposto no Pacto San José da Costa Rica (art. 7º, 7) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11), que proíbem a prática supramencionada.

Como ambos os tratados têm status supralegal, por não terem sido aprovados pelo rito especial do art. 5, §3º, CF, não podem afrontar a Constituição e revogar disposições inconvenientes. No entanto, possuem o condão de paralisar a eficácia jurídica de disciplinas normativas com eles conflitante, incluindo-se aí a própria CF. Assim, a previsão “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” em relação a este último sujeito, carece de aplicabilidade diante do efeito paralisante dos tratados com status supralegal.

A fim de deixar claro seu entendimento sobre o tema, em 2009 o STF editou a Súmula Vinculante 25, que assim dispõe: *É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*. Dessa forma, a única modalidade de prisão civil que subsiste no ordenamento jurídico contemporâneo é a do devedor de alimentos.

Por fim, tem-se que os únicos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito especial do art. 5º, §3º, CF atualmente são:

- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência - 2008;
- Protocolo facultativo à convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência - 2009;
- Tratado de Marraqueche (Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso) - 2015;
- Protocolo facultativo ao Tratado de Marraqueche - 2018;
- Convenção Interamericana contra o Racismo – 2021.

5.5 - Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme vimos no tópico anterior, a **Constituição de 1988** estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos **fundamentos** da República. Mas, além dessa menção expressa, a carta magna também prevê a dignidade humana ao tratar dos princípios da **ordem econômica** (art. 170), ao dispor sobre a família (art. 226, §7º), ao tratar da criança, do adolescente e do jovem (art. 227) e ao tratar da proteção ao idoso (art. 230).

Analisando a normativa internacional, a **DUDH**, já em seu **preâmbulo**, preceitua a necessidade de proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos elencados naquele diploma. Além dela, o **PIDCP** e o **PIDESC** têm idêntico reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Previsão semelhante é encontrada na **CADH**, art. 5º.

Todos os diplomas normativos estruturantes da proteção dos direitos humanos reconhecem, expressamente, a dignidade da pessoa humana. Isso é fácil de perceber.

Mas, afinal, o que é essa tal de dignidade humana tão falada?

O conceito de dignidade é um daqueles que a gente “sabe que sabe, mas é difícil definir”, não é mesmo, minhas queridas e meus queridos? Mas isso tem uma razão de ser: **SÃO MUITAS** as definições, perspectivas e fundamentos que são atribuídos a dignidade.

Mas, podem ficar tranquilos! Vamos estruturar de forma esquemática essas diferentes perspectivas, de modo que vocês possam chegar na prova com a dignidade na ponta da caneta!

Norberto Bobbio ensina que a dignidade humana, especialmente na **história da civilização ocidental**, tem **dois momentos** importantes:

-**Dignidade Humana como VALOR**: nesse **primeiro marco**, a **dignidade** aparece apenas como um **valor**, que tem como fundamento, o pensamento Cristão, bem como a filosofia de Immanuel Kant, é uma ideia mais abstrata;

-**Dignidade Humana como NORMA**: há a incorporação do valor dignidade às normas jurídicas, no momento jurídico pós Segunda Guerra Mundial.

Diferentes Concepções da Dignidade Humana:

- **São Tomás de Aquino**: a dignidade humana é **qualidade inerente** a todos os seres humanos, que nos **separa** dos **demais seres** e **objetos**. A dignidade na perspectiva cristã decorre do dogma de que os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual merecem respeito e são dotados de dignidade.

-**Immanuel Kant**: segundo ele, tudo tem um **preço OU** uma **dignidade**. Aquilo que tem um **preço** é **substituível** e tem **equivalente**; já aquilo que **não admite equivalente**, possui uma **dignidade**. Assim, as coisas possuem preço; os **indivíduos** possuem **dignidade**. Nessa perspectiva, dignidade é o atributo que individualiza a pessoa, dando-lhe autonomia e impondo a sua consideração como **um fim em si mesmo**, jamais um instrumento. Essa é a famosa “vedação da fórmula do objeto” de Kant.

O Professor André de Carvalho Ramos¹⁷ traz um conceito de dignidade humana muito didático e ótimo para levar para a prova:

“Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.”

Conceituada a dignidade, cumpre investigar sua natureza.

¹⁷ RAMOS, op. cit. p. 58.

E eu lhes pergunto: *a dignidade humana é um direito?* Ainda de acordo com as lições de André Carvalho Ramos, é adequado tratar a dignidade humana como um **SOBREPRINCÍPIO** com uma função normogênica, ou seja, é a fonte de onde emanam todos os direitos fundamentais, em maior ou menor grau.

Esse é o entendimento majoritário da doutrina e seguro para vocês levarem para a prova, sendo também amplamente majoritário na doutrina constitucionalista.

Elementos da Dignidade Humana:

>Elemento **POSITIVO**: exigência de **condições materiais mínimas** de sobrevivência a cada ser humano.

>Elemento **NEGATIVO**: consiste na **proibição** de se impor **tratamento ofensivo, degradante** ou ainda **discriminação odiosa** a um ser humano. Desse elemento ou dimensão negativa da dignidade da pessoa humana decorrem para o Estado os **seguintes DEVERES**:

-**Dever de Respeito**: como um **limite** para a ação dos poderes públicos;

-**Dever de Garantia**: conjunto de ações de **promoção** da dignidade humana por meio do **fornecimento de condições materiais** ideais para seu desenvolvimento.

Os Usos Possíveis da Dignidade da Pessoa Humana:

É o professor André de Carvalho Ramos¹⁸ que, a partir do estudo da **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, identifica os **usos da dignidade humana feitos pela Corte** na fundamentação de suas decisões, sendo eles:

- Usos da Fundamentação da **criação jurisprudencial** de **novos direitos** ou eficácia **positiva** do princípio da dignidade humana;

-Formatação da **interpretação adequada** das características de um determinado direito.

-Criação de **limites à ação do Estado** ou eficácia **negativa** do princípio da dignidade humana.

¹⁸ RAMOS, *op. cit.* p. 61.

-Fundamentação do **juízo de ponderação** e escolha da prevalência de um direito em prejuízo de outro.

-Uso para **negar** a **natureza de direitos humanos** de um determinado direito.

Com isso, Futuras Defensoras e Futuros Defensores da Bahia, encerro nossos temas de direitos humanos dessa rodada.

Desejo muita serenidade a vocês nesse momento de reta final!

Cuidem da saúde mental de vocês, procurem atividades que ajudem no controle da ansiedade, pois é esse equilíbrio é fundamental para que vocês consigam reproduzir na prova o grau de preparação que batalharam para construir, sem permitir que estados emocionais alterados impeçam o êxito nessa empreitada.

Deixo com vocês um trechinho de da letra de **Dorival Caymmi**, para servir de trilha sonora nessa caminhada rumo à Bahia!



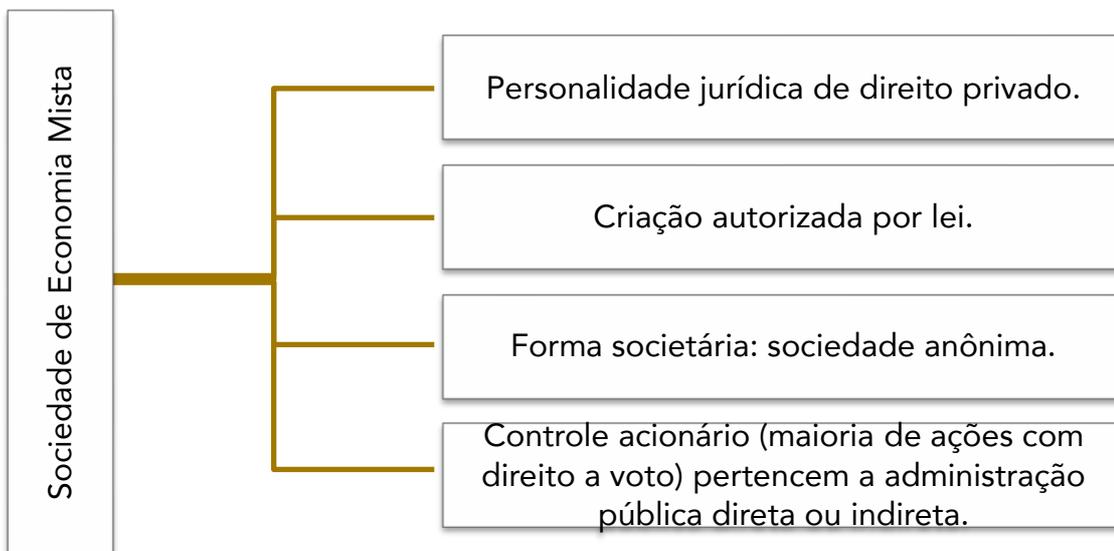
“Tudo, tudo na Bahia / Faz a gente querer bem / A Bahia tem um jeito / Que nenhuma terra tem!”

Muita luz em suas mentes!! Bons Estudos!!

6 - DIREITO ADMINISTRATIVO

6.1 - Alienação do controle acionário de sociedade de economia mista e suas subsidiárias

A **sociedade de economia mista** tem sua definição trazida no **artigo 4º da Lei 13.303/2016** (Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) sendo *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.*



As sociedades de economia mista, da mesma forma que as empresas públicas, são criadas **para a exploração de atividade econômica**, o que engloba as atividades comerciais e industriais, bem como a prestação de serviços abertos à exploração por particulares, com finalidade lucrativa e também os serviços públicos cuja titularidade pertence ao Poder Público, mas que são passíveis de exploração com intuito lucrativo, como é o caso do serviço de telecomunicações.

De acordo com o artigo 37, XIX, da Constituição Federal, **somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista.**

Art. 37.

(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Ademais, prevê o texto constitucional que depende de autorização legislativa a criação das respectivas subsidiárias, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, XX).

Para a extinção das empresas estatais, ensina **José dos Santos Carvalho Filho**, com base na teoria da simetria, que **“a extinção das empresas públicas e das sociedades de economia mista reclama lei autorizadora”**, uma vez que “[...] o Poder Executivo, a que são normalmente vinculadas, não tem competência exclusiva para dar fim às entidades”.

O professor **Carlos Ari Sundfeld** ensina na mesma direção:

“[o] Direito Constitucional Brasileiro impõe a concordância prévia do Legislativo para todas as alterações na estrutura da Administração que envolvam aquisição ou perda da personalidade governamental. Deveras, é necessária autorização legal tanto para o surgimento de uma nova organização governamental como para seu desaparecimento.

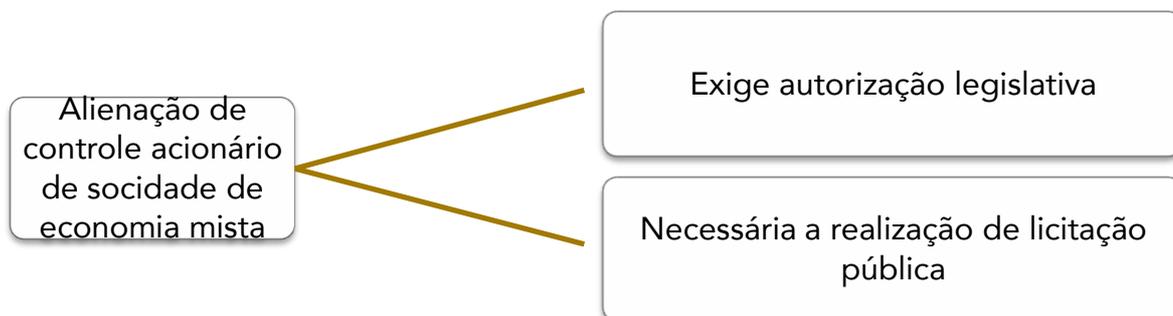
(...)

Nenhum espanto deve causar a assertiva segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal produz o seu imediato desaparecimento. A afirmação é juridicamente exata: é que a medida suprime a personalidade governamental do ente, o qual deixa de ser uma ‘empresa estatal’, transformando-se em ‘empresa ordinária’. Por isso, a empresa estatal efetivamente desaparece, remanescendo uma simples empresa, despida de status governamental” (SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais. A participação privada nas empresas estatais. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito administrativo econômico, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266).

A alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, é forma clássica de privatização. De acordo com as lições doutrinárias vistas acima, da mesma forma que para a criação da sociedade de economia mista, onde é exigida lei autorizativa (art. 37, XIX da CF/88), **esta necessidade de lei para também se aplica para a alienação do controle acionário por força do princípio do paralelismo das formas.**

Além disso, a alienação direta de ações, em montante suficiente a perder o controle societário de empresa estatal, de maneira a impossibilitar a concorrência pública, atenta contra o texto constitucional, o qual consigna que as alienações serão realizadas “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (art. 37, XXI), bem como o texto legal, uma vez que a **Lei 9.491/1997 (art. 4º, I e § 3º)**, ainda vigente, exige, nos procedimentos de desestatizações, que a “alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações” dar-se-á por meio de licitação, a qual “poderá ser realizada na modalidade de leilão”.

Assim, podem ser fixadas duas premissas:



A situação, entretanto, é diferente em relação às subsidiárias. Vejamos, inicialmente, a definição de empresa subsidiária trazida por José dos Santos Carvalho Filho:

Subsidiárias são **aquelas pessoas jurídicas cujas atividades se sujeitam a gestão e controle de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista**. Estas caracterizam-se como primárias (ou empresas de primeiro grau) e são controladas diretamente pelo ente federativo. Aquelas – também denominadas de empresas de segundo grau – são subsidiárias, porque seu controle estatal não é direto, mas sim indireto, sendo atribuído a uma empresa pública ou sociedade de economia mista. Em última análise, porém, o controle, ainda que remoto, será da respectiva unidade federativa, indicando que também integram as pessoas da administração indireta.

A instituição de subsidiárias também obedece ao princípio da autorização legislativa, impondo-se a edição de lei para que a Administração providencie o nascimento da entidade (art. 37, XX, da CF, e art. 2º, § 2º, do Estatuto). A **autorização legal não precisa ser específica**, bastando ser prevista a futura instituição na lei pertinente à empresa pública ou sociedade de economia mista.

Neste sentido, o STF diz que não há necessidade de lei para cada subsidiária a ser criada. Segundo o Supremo, para satisfazer a exigência do inciso XX do art. 37 da CF, é suficiente que haja um **dispositivo genérico** autorizando a instituição de subsidiárias na **própria lei que criou a entidade da administração indireta matriz**. Entretanto,

Sobre o tema específico, no bojo da ADI 5624-MC o Supremo Tribunal Federal entendeu da seguinte maneira:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 29, CAPUT, DA LEI 13.303/2016. VENDA DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE LICITAÇÃO. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO.

I – A **alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública**.

II – A **transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública**, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República.

III – Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim, no caso das **subsidiárias**, segundo entendimento atual do STF, **não é necessária autorização legislativa específica, tampouco a realização de processo licitatório**, devendo, entretanto, ser **garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública** constantes do art. 37 da Constituição da República.

6.2 - Responsabilidade civil do Estado por morte causada por agentes de segurança estatal: teoria do risco administrativo e impacto do reconhecimento da legítima defesa no juízo criminal para a indenização dos parentes sobreviventes.

A responsabilidade civil do Estado significa, de forma ampla e geral, **o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva** (Rafael Carvalho Rezende de Oliveira).

Esta responsabilização estatal vem passando ao longo do tempo por um processo evolutivo que se iniciou na irresponsabilidade do Estado e chega na atual teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo.

Relevante fazer um breve aprofundamento sobre as etapas da evolução da responsabilização do Estado:

- **Fase da irresponsabilidade estatal:** teoria que teve destaque na época dos regimes absolutistas onde o Estado atuava com autoridade e sem qualquer tipo de limitação. Nesta época havia confusão entre a figura do monarca e o próprio Estado e é bem ilustrada pela frase clássica do rei Luis XIV ("L'État c'est moi": o Estado sou eu). Segundo esta teoria não seria possível responsabilizar o Estado pelos atos de seus agentes, pois do contrário o Estado estaria sendo rebaixado ao mesmo nível dos súditos que possuem responsabilidade por seus atos. Esta teoria começa ser abandonada a partir das Revoluções Liberais e surgimento do Estado de Direito, limitado pela ordem jurídica e com submissão a lei. Esta teoria não tem mais aplicação e possui apenas valor histórico.
- **Fase da responsabilidade com culpa ou subjetiva:** após a fase da irresponsabilidade do Estado, tem início a responsabilização do Estado fundada na culpa dos agentes públicos, com análise da presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa). Esta fase se divide em duas:
 - ✓ **Teoria da culpa individual (atos de império x atos de gestão):** dividiu os atos praticados pelo Estado em atos de império e atos de gestão. Por **atos de império** seriam aqueles praticados pelos agentes públicos de maior escalão (monarca e seus auxiliares diretos) impostos unilateral e coercitivamente aos administrados. Estes

atos, onde o Estado se encontra em situação de supremacia (verticalidade) perante os administrados, não permitem a responsabilização estatal. Por sua vez os **atos de gestão** seriam aqueles praticados pelo Estado despido de autoridade e em igualdade com o particular, abrindo caminho para responsabilização com fundamento no direito civil.

- ✓ **Teoria da culpa anônima (ou culpa do serviço ou falta do serviço):** para responsabilização do Estado dependeria apenas da comprovação, pela vítima, de que o serviço não funcionou de forma adequada, sendo desnecessária a identificação do agente público culpado (culpa individual), bastando comprovar a falha do serviço (culpa anônima).

- **Fase da responsabilidade civil objetiva (teoria do risco administrativo):** o ordenamento jurídico atual consagra a teoria da responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo e na repartição de encargos sociais. Na atual fase, portanto, a responsabilização do Estado ocorre em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano, não sendo necessária a demonstração de dolo ou culpa (elemento subjetivo). A teoria do risco administrativo tem como pressuposto que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos administrados que possuem riscos de danos inerentes. Importante destacar que esta teoria do risco administrativo admite a existência de situações que excluam ou atenuam a responsabilidade civil do Estado (Ex: culpa ou dolo exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito e força maior).

Vejamos interesse passagem doutrinária do professor **Rafael Carvalho Rezende de Oliveira**:

Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O ressarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos. Dessa forma, a coletividade, que se beneficia com a atividade administrativa, tem o ônus de ressarcir aqueles que sofreram danos em razão dessa mesma atividade. Trata-se da adoção do princípio da repartição dos encargos sociais, vinculado ao princípio da igualdade (isonomia).

Como se vê, a responsabilidade civil do Estado é **aplicada com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilização objetiva**, não dependendo da mais da existência de elementos subjetivos (dolo ou culpa). Isto se dá pelo fato de que a atuação estatal se dá com bases em prerrogativas especiais e envolve riscos de danos. Além disso, parte da doutrina traz como fundamento para a responsabilização objetiva a necessidade de repartição dos encargos

sociais. Por último, vale frisar que a teoria do risco administrativo admite alegação das excludentes de responsabilidade estatal.

A **teoria do risco administrativo** para a responsabilidade civil do estado tem como fundamento principiológico a **repartição igualitária dos encargos sociais decorrentes da atividade estatal**, fundada no princípio constitucional da isonomia.

Assim entende **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Assim entende o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1371834/PR):

1. **Os atos lícitos também podem dar causa à obrigação de indenizar.** Segundo a doutrina de Caio Tácito, o fundamento da indenização não será, todavia, "o princípio da responsabilidade (que pressupõe a violação de direito subjetivo mediante ato ilícito da administração)", mas "a obrigação de indenizar o de um direito em consequência de atividade legítima do Poder Público."
2. **Embora notória a finalidade pública do represamento de rio para a construção de usina hidrelétrica e, no caso em exame, sendo certo que o empreendimento respeitou o contrato de concessão e as normas ambientais pertinentes, a alteração da fauna aquática e a diminuição do valor comercial do pescado enseja dano a legítimo interesse dos pescadores artesanais, passível de indenização.**
3. **O pagamento de indenização pelos lucros cessantes redistribui satisfatoriamente o encargo individualmente sofrido pelo pescador profissional artesanal em prol do bem comum (construção da hidrelétrica).**
4. Não tendo havido ato ilícito causador de degradação ambiental e nem privação do exercício da profissão de pescador sequer em caráter temporário, não há dano moral autônomo indenizável.
5. Recurso especial a que se dá parcial provimento, a fim de afastar a condenação por danos morais.

Quanto ao reconhecimento, pelo juízo criminal, da **legítima defesa (excludente de ilicitude)**, não há impacto no âmbito da responsabilização civil do Estado.

O Código de Processo Penal prevê que **o pronunciamento jurisdicional penal, no que se refere à existência de causa excludente de ilicitude, deve repercutir no âmbito da justiça cível. *In verbis*:**

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Entretanto, este raciocínio **não se aplica quando se discute a responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros (parentes da vítima) em face de uma conduta adotada por agente público**, razão pela qual a incidência da norma processual penal deve ser mitigada.

Segundo o **STJ (REsp 1.266.517-PR)**, *nos termos do artigo 37, § 6º, da CF, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, razão pela qual se faz: a) despicienda a procura de culpa (lato sensu) no elemento subjetivo daquele que causou o evento danoso; e b) necessária a demonstração do vínculo entre o ato do Poder Público e os danos suportados pelo administrado.*

Assim, apesar da legítima defesa ser causa que excluiu a responsabilidade penal dos agentes públicos, ela não é capaz de afastar o dever do Estado de indenizar os danos provocados pela conduta desses agentes, porque o exame do elemento subjetivo dos policiais, embora fundamental para o reconhecimento da excludente de ilicitude, é desnecessário para a análise de eventual responsabilidade civil estatal objetiva.

Vejamos o entendimento do STJ adotado no **Recurso Especial nº 1.266.517-PR**:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS DE ARMA DE FOGO PROVOCADOS POR POLICIAIS MILITARES. LEGITIMA DEFESA PUTATIVA RECONHECIDA NA ESFERA PENAL. FALECIMENTO DA VÍTIMA. DANOS MORAIS SUPORTADOS PELO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS DANOS CIVIS.

1. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, a Administração Pública pode ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos cíveis causados por uma ação de seus agentes, mesmo que consequentes de causa excludente de ilicitude penal: REsp 884.198/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23.4.2007; REsp 111.843/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 9.6.1997.

2. Logo, apesar da não responsabilização penal dos agentes públicos envolvidos no evento danoso, deve-se concluir pela manutenção do acórdão origem, já que eventual

causa de justificação (legítima defesa) reconhecida em âmbito penal não é capaz de excluir responsabilidade civil do Estado pelos danos provocados indevidamente a ora recorrida.

3. Recurso especial não provido.

6.3 - O direito administrativo e a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

A **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB** contém normas que se inserem na teoria geral do direito, sendo, por isso mesmo, aplicada a todos os ramos do direito, público e privado.

Em 2018 esta lei foi alterada pela Lei nº 13.655 com a introdução de novos dispositivos que se inserem mais especificamente no âmbito do direito administrativo. Alguns pontos são inovadores, entretanto outros e limitam a explicitar princípios informadores do direito administrativo, no que se refere às decisões tomadas pela Administração Pública e à atividade de controle que sobre ela exerce.

A professora Maria Silvia Di Pietro aponta que as alterações *reforçam e complementam a exigência de determinados princípios já previstos na Constituição e em leis infraconstitucionais, em especial os da:*

- (i) segurança jurídica,
- (ii) motivação,
- (iii) proporcionalidade,
- (iv) consensualidade,
- (v) transparência,
- (vi) participação,
- (vii) eficiência,
- (viii) interesse público.

No que toca a **segurança jurídica**, a professora Di Pietro ensina que ele constitui o grande objetivo da lei. Vejamos a redação do artigo 23:

Art. 23. A **decisão administrativa**, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, **deverá prever regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Este dispositivo cria a obrigação legal de implementação de **regime de transição** quando houver, por **decisão administrativa**, judicial ou controladora, **o estabelecimento de nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado**. O objetivo é evitar a surpresa dos que possam ser afetados com esta nova forma de interpretar a legislação.

Por sua vez, o **artigo 24 veda a retroação de nova orientação geral**, assim dispondo:

Art. 24. A **revisão**, nas **esferas administrativa**, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, **sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas**.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Esse dispositivo reforça norma que já se contém no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei de Processo Administrativo Federal), que veda a “aplicação retroativa de nova interpretação”.

Vejamos a lição de Di Pietro sobre este artigo da LINDB:

Com efeito, o artigo 24 da LINDB exige que, ao ser revisto um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, sejam respeitadas as situações plenamente constituídas, desde que decorram de orientação vigente à época em que foram praticados. **Trata-se de hipótese em que a invalidação de ato ou contrato da Administração não deve retroagir**. São situações cujos efeitos já produzidos por ato ilícito devem ser respeitados, em nome da segurança jurídica.

O parágrafo único do artigo 24 tem a cautela de definir o que se entende por “orientações gerais”: são “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”. Não há dúvida de que o artigo 24 protege o princípio da segurança jurídica, nos dois aspectos: objetivo (que diz respeito à estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (que protege a confiança legítima do administrado quanto à validade dos atos emanados do poder público). O dispositivo quase que se limita a transformar em regra jurídica uma disposição que era aceita e aplicada como princípio do direito administrativo.

Ainda sobre a segurança jurídica o artigo 30 traz uma norma de cunho programático que impõe às autoridades públicas obrigações para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas jurídicas:

Art. 30. As autoridades públicas **devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas**, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão **caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam**, até ulterior revisão.

O **princípio da motivação**, já amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência e previsto no direito positivo, é reforçado com as normas dos artigos 20 e 21 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Os dispositivos, como se vê, exigem que **as decisões administrativas e as de controle, inclusive do Poder Judiciário, levem em consideração as consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão**, especialmente quando ela determinar a invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Ainda referente ao princípio da motivação, o **artigo 22** exige que seja demonstrado que, na interpretação das normas sobre gestão pública, foram considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

No que toca a **consensualidade**, o artigo 26 prevê o seguinte:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Este dispositivo permite que a autoridade administrativa, ao invés de decidir unilateral e imperativamente, entre em acordo com os interessados para corrigir a irregularidade, afastar a incerteza jurídica e pôr fim a um litígio. Essa possibilidade é outorgada com a exigência de determinadas cautelas, como a oitiva do órgão jurídico, a realização de consulta pública (quando prevista em lei ou for de interesse das partes) e o atendimento ao interesse geral.

O §1º do artigo 26 traz os requisitos para a celebração do compromisso:

- **ele deverá buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais**, revelando-se, com essa exigência, preocupação com os princípios da proporcionalidade, eficiência e interesse público;
- **o compromisso não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral** (o objetivo é o de impedir soluções isoladas, que contrariem interpretação adotada em caráter geral, para situações semelhantes, o que contrariaria o princípio da isonomia);
- **o compromisso deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento**, demonstrando a preocupação, no caso, é com a eficácia do compromisso.

Por sua vez, o **artigo 27** reconhece que a decisão administrativa ou a dos órgãos de controle, ainda que lícita, pode resultar em benefícios indevidos ou mesmo prejuízos anormais ou injustos para uma das partes. Nesse caso, é possível a celebração de compromisso entre os envolvidos para regular a forma como a compensação será feita.

Por fim, o artigo 28 traz norma referente a responsabilização do agente público:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

A professora Di Pietro ensina o seguinte sobre a previsão deste dispositivo legal:

O artigo 28 da LINDB contém importante norma sobre responsabilização dos agentes públicos pelas decisões ou opiniões técnicas que emitirem. Trata-se de norma limitadora dirigida aos órgãos de controle: eles somente podem responsabilizar pessoalmente o agente público se a decisão ou opinião técnica for emitida com dolo (intenção de praticar ato ilícito) ou erro grosseiro (que não admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência, como a aplicação de dispositivo legal já revogado ou decisão em afronta a súmula administrativa ou jurisprudencial de amplo conhecimento na esfera administrativa). O objetivo evidente da norma é o de impedir que os órgãos de controle responsabilizem os agentes públicos por decisões ou opiniões que sejam aceitáveis e defensáveis diante de divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre a mesma matéria. A simples divergência de opinião em relação à adotada pelo órgão de controle não pode servir de fundamento para a responsabilização do agente público.

Diante de tudo que foi visto nota-se a íntima relação entre a LINDB e o direito administrativo, sendo recomendável aos alunos/candidatos uma leitura especial dos dispositivos aqui referidos de forma a tornar o estudo mais amplo e interdisciplinar.

6.4 - Desapropriação: direito de extensão, tredestinação e retrocessão

A desapropriação é o procedimento que **permite ao Poder Público (ou aos seus delegados) transferir para si a propriedade de terceiros**, por razões de utilidade pública, necessidade pública ou de interesse social, normalmente mediante justa e prévia indenização.

De todas as formas de intervenção do Estado, **a desapropriação é a única que acarreta a perda da propriedade (intervenção supressiva)**, e por isso é considerada como a mais drástica forma de intervenção estatal na propriedade.

Os 3 institutos que serão estudados neste tópico referem-se às desapropriações e por vezes causam confusões entre os alunos/candidatos.

Inicialmente, o chamado **direito de extensão**. A desapropriação não precisa atingir a totalidade do bem, podendo ser parcial, ou seja, atingir apenas uma parcela do imóvel. **O direito de extensão ocorre apenas na desapropriação parcial, quando a parte do bem que não foi desapropriada resultar em fração sem valor econômico ou de difícil utilização.**

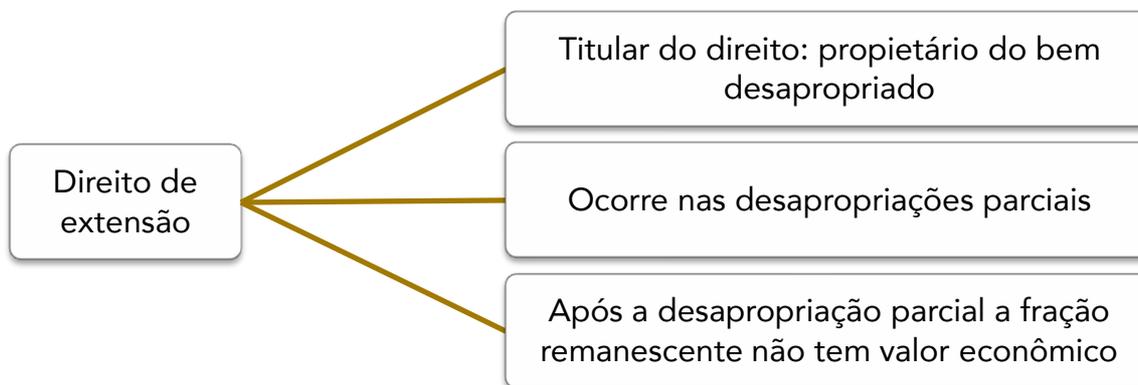
Assim, o direito de extensão é o direito que tem o proprietário de imóvel desapropriado tem de **exigir do Poder Público que a desapropriação atinja a totalidade do bem**, quando na desapropriação parcial **a parte remanescente do bem resultar esvaziada de conteúdo econômico.**



Importante destacar ressalva feita pelo professor Ricardo Alexandre sobre a alegação de revogação do direito de extensão: posição dominante entende que não houve a revogação.

Registramos que o reconhecimento do direito de extensão não é unânime na doutrina, havendo autores que defendem que ele foi revogado. Discordando desse entendimento, José dos Santos Carvalho Filho explica que o direito de extensão não foi revogado porque este direito tinha expressa previsão no art. 12 do Decreto Federal 4.956/1903. Ocorre que tal diploma foi substituído pelo Decreto-lei 3.365/1941, que determinou apenas a revogação das disposições em contrário, não revogando expressamente o dispositivo concernente ao direito de extensão.

Vejamos assim as principais características do direito de extensão:



Por sua vez, ocorre a **tredestinação** quando é dado ao bem expropriado destinação em desconformidade com o plano inicialmente previsto. Ou seja, o Estado desapropriante motiva o processo de desapropriação indicando uma determinada destinação ao bem desapropriado, mas ao final dá outra destinação ao bem.

A doutrina distingue a tredestinação lícita da ilícita.

- **Tredestinação lícita:** ocorre esta modalidade de tredestinação quando **apesar da mudança de destinação, persiste o interesse público na nova destinação** dada ao bem (Exemplo: desapropriação para construção da escola, mas em vez disso constrói-se um hospital).



STJ entende que não há desvio de finalidade quando o órgão expropriante dá outra destinação de interesse público ao imóvel expropriado

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA MOVIDA PELA SUCESSORA DA PARTE EXPROPRIADA CONTRA O MUNICÍPIO SUCESSOR DO ESTADO EXPROPRIANTE. ALEGAÇÃO DE IRREGULAR ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO ORIGINARIAMENTE PREVISTA PARA O IMÓVEL EXPROPRIADO. FALHA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. RESERVA BIOLÓGICA. POSTERIOR MUDANÇA NO ZONEAMENTO URBANO DO MUNICÍPIO. IMPLANTAÇÃO DE POLO DE CINE, VÍDEO E COMUNICAÇÃO. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. INTERESSE PÚBLICO MANTIDO.
(...)

4. Relativamente à questão de fundo, tal como veiculada no especial ora apreciado, discute-se a existência, ou não, da alegada tredestinação ilícita de terreno desapropriado pelo então Estado da Guanabara, inicialmente para a implantação da Reserva Biológica de Jacarepaguá, mas que, quase três décadas depois, com a alteração do zoneamento urbano, foi destinado, já pelo município do Rio de Janeiro e de forma idoneamente motivada, para a criação do Polo Rio de Cine, Vídeo e Comunicação.

5. Conforme preconizado no art. 1.150 do CC/16 (atual art. 519 do CC/2002), não atendido o objetivo descrito no decreto expropriatório, constitui obrigação do Poder Público oferecer ao expropriado o direito de reaver o bem (retrocessão) ou, não sendo isso possível, de reparar os danos daí decorrentes.

6. Entretanto, pretensão desse jaez terá lugar somente quando o bem expropriado, comprovadamente, deixar de atender ao interesse público, em contexto que possa caracterizar a denominada tredestinação ilícita, esta sim geradora do direito à retrocessão ou, na sua impossibilidade, à correspondente indenização por perdas e danos em prol da parte expropriada. A tal propósito, como explica KIYOSHI HARADA, "**Só a destinação efetiva do bem a uma finalidade que não seja de interesse público é que revela objetivamente o desvio de finalidade ensejador da retrocessão**" (Desapropriação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 278).

7. No caso em exame, embora a Municipalidade tenha redirecionado a finalidade da utilização do imóvel expropriado, em nenhum momento deixou de atender ao interesse público na nova destinação que acabou por conferir ao bem. Assim é que, ao criar o Polo Rio de Cine, Vídeo e Comunicação, o Poder Executivo buscou priorizar o interesse público, principalmente o favorável impacto econômico, social, artístico, cultural, tecnológico e turístico que adviria da implantação do polo cultural. Em situações bastante assemelhadas, o STJ já se posicionou pela não configuração da chamada tredestinação ilícita, de que são exemplos os seguintes julgados: REsp 710.065/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 06/06/2005, p. 216; REsp 866.651, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/10/2010 e REsp 1.516.000/MG, Rel. Ministro Benedito

- **Tredestinação ilícita:** é aquela em que há mudança da destinação do bem expropriado em relação à previsão inicial, e a **nova destinação não atende ao interesse público**. Trata-se de situação que configura desvio de finalidade. Neste caso pode ser decretada a nulidade do ato de desapropriação (com a conseqüente retrocessão do bem, conforme será visto a seguir) e a condenação do Poder Público a indenizar os prejuízos suportados pelo proprietário do bem.

Assim, é possível perceber que a diferença entre a **tredestinação ilícita** e a **tredestinação lícita** é o atendimento ao interesse público: se atender a este interesse a tredestinação será lícita, caso contrário teremos uma tredestinação ilícita.

Por último, **retrocessão** é o direito que tem o expropriado de exigir de volta o seu imóvel caso este não tenha o destino para que se desapropriou. O instituto da retrocessão está previsto no art. 519 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

De acordo com a doutrina, **a retrocessão surge quando há desinteresse superveniente do Poder Público em manter o bem desapropriado**. Nesse caso, surge a obrigação de o expropriante oferecer ao ex-proprietário o bem desapropriado pelo seu preço atual. Assim, se o ex-proprietário concordar, o expropriante devolve o bem e o expropriado paga o valor atualizado da indenização recebida (na disciplina prevista no Código Civil anterior o ex-proprietário devolvia apenas o valor que tinha recebido a título de indenização).

Importante destacar que a despeito da literalidade do artigo 519 do Código Civil acima transcrito, somente no caso de **tredestinação ilícita é que se fala em direito a retrocessão**.

Em relação à retrocessão, a grande discussão que há é referente a sua natureza jurídica. São 3 posições existentes:

- **1ª Corrente:** defende que a retrocessão tem natureza de **direito pessoal**. Neste caso, o expropriado pode pleitear indenização, mas não a devolução do bem (José dos Santos Carvalho Filho e Diógenes Gasparini);
- **2ª Corrente:** entende que a retrocessão tem natureza de **direito real**. O expropriado pode exigir a devolução do bem desapropriado que não foi utilizado para atender ao interesse

público (José Carlos de Moraes Salles, Celso Antônio Bandeira de Mello, STJ REsp 623.511/RJ);

- **3ª Corrente:** entende que a retrocessão tem **natureza mista** (pessoal e real), podendo o expropriado optar por exigir a devolução do bem ou pleitear perdas e danos (Maria Sílvia Zanella Di Pietro).

A divergência tem repercussão prática pois, se a conclusão for no sentido de que a retrocessão tem natureza de direito pessoal, meramente obrigacional, haverá apenas o direito à indenização por perdas e danos, e não reaver o bem indevidamente desapropriado.

O tema não está pacificado. Como exemplo, vejamos decisão do STJ no REsp 1.234.476 – PR, que deu caráter de direito pessoal e entendeu pela impossibilidade de reversão da incorporação do bem ao patrimônio público:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DECRETO MUNICIPAL. DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA. TREDESTINAÇÃO. RECONHECIMENTO. DECLARAÇÃO JUDICIAL ANTERIOR. EFICÁCIA PRECLUSIVA. COISA JULGADA MATERIAL. ART. 474 DO CPC. INTELIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. BIS IN IDEM. CONFIGURAÇÃO.

(...)

4. Diante da incorporação do imóvel ao patrimônio público, a Corte estadual entendeu que o bem não mais poderia ser objeto de reivindicação pelo expropriado (retrocessão), ainda que não tenha sido empregado na finalidade que ensejou a sua desapropriação, e resolveu a lide em perdas e danos, nos termos do art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, ficando o quantum devido para apuração em liquidação de sentença.

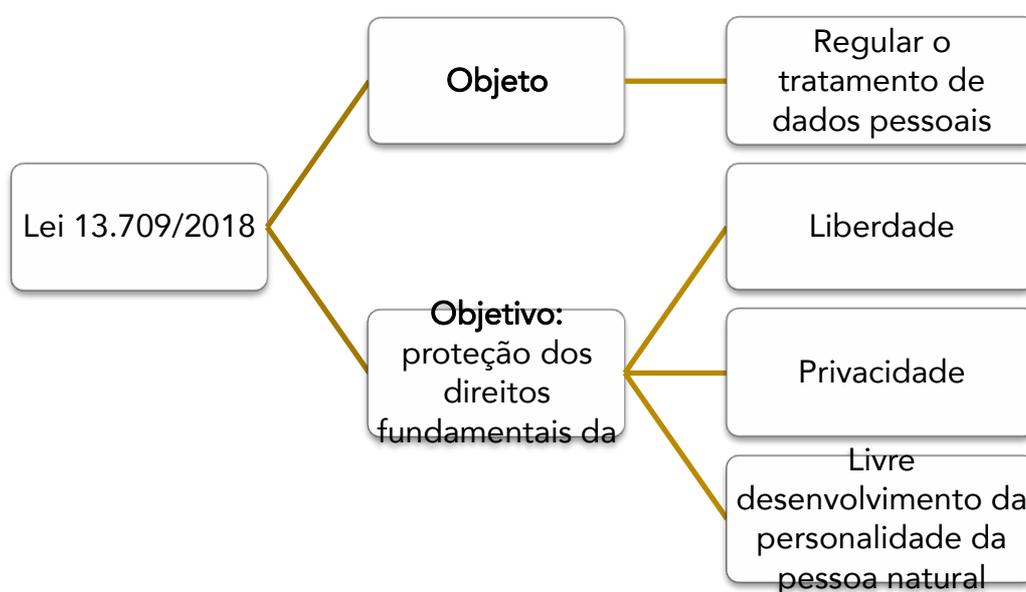
5. É certo que a irreversibilidade da incorporação do imóvel ao patrimônio público – no caso, consolidada pelo decurso de vários anos desde a instalação da unidade de ensino, que se encontra em pleno funcionamento – enseja, sem dúvida, a transferência compulsória do domínio do bem ao Poder Público, não podendo mais ele ser objeto de reivindicação, "ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação" (ex vi do art. 35 do DL n. 3.365/1941).

6. Tal situação, contudo, não exime o ente público de pagar ao expropriado a indenização por perdas e danos, mas o quantum debeat ser aferido nos autos do processo expropriatório, mediante o devido contraditório, no qual será expedida a carta de sentença para a averbação do imóvel em nome do expropriante.

Assim, é fundamental que os alunos/candidatos dominem as três correntes de pensamento e os detalhes ínsitos a cada uma delas.

6.5 - A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): princípios.

A Lei 13.709/2018 dispõe sobre o **tratamento de dados pessoais**, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o **objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural**.



Por **tratamento de dados** deve-se entender *toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração* (art. 5º, X).

A referida lei traz um rol extenso de princípios que devem ser observados na atividade de tratamento de dados pessoais (art. 6º). São eles:

- Finalidade
- Adequação
- Necessidade
- Livre acesso
- Qualidade dos dados
- Transparência

- Segurança
- Prevenção
- Não discriminação
- Responsabilização e prestação de contas

O princípio da **finalidade** determina que a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

Sobre este princípio é relevante explicitar os conceitos de **propósitos legítimos, específicos e explícitos**. Sobre esses propósitos o professor Marcos Pestana ensina o seguinte:

Por **propósitos legítimos**, quer se referir a uma finalidade movida pelo bom senso, razão, legalidade, bons costumes e boa fé, distanciando-se, portanto, da iniciativa subalterna, emulativa, emocional, ilícita e de má fé.

Refere-se a **propósitos específicos**, por enfatizar a preocupação de que o tratamento se volte, certamente, para um objetivo determinado relevante para o ser, como se dá ao procurar minorar as repercussões do infarto ou de prolongar a vida no espaço sideral.

Já por **propósitos explícitos** procura enfatizar o aspecto unívoco do tratamento, ou seja, não admitindo a equivocidade ou ambiguidade. Em outras palavras, tendo o objetivo clara e previamente delineado, não permitindo que dúvidas possam surgir após ser especificado seu conteúdo.

O princípio da **adequação** prevê a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento. Trata-se da existência de nexos lógicos de conformidade que se estabelece entre o tratamento e a finalidade objetivada, tal como previamente informada ao titular.

Pelo princípio da **necessidade** o tratamento deve ser limitado ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

Dada a existência deste princípio, **a regra geral trazida pela LGPD, é não se realizar o tratamento e a exceção é a de realizá-la, se e quando o atingimento de determinada finalidade se mostrar relevante para que o tratamento seja realizado.**

Assim, **somente deverão ser tratados os dados pertinentes, ou seja, aqueles que se mostrem imprescindíveis para que o objetivo previamente traçado seja atingido.** Nem poderia ser

diferente, pois seria de todo impróprio serem tratados dados que não se mostrassem pertinentes e relevantes para o tratamento em questão.

O princípio do **livre acesso** garante aos titulares dos dados consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais. Este é um dos princípios mais relevantes na LGPD prestigiando as pessoas naturais titulares de seus respectivos dados, após estes sofrerem o tratamento correspondente, assegurando a esses titulares o acesso e conhecimento da integralidade dos seus dados, especialmente, no ponto, repita-se, após terem sido tratados.

Por este princípio exige-se, ainda, que o titular seja cientificado da duração do tratamento, ou seja, não só do tempo a ser despendido para a sua realização, como, também, para o período em que os dados tratados estarão sendo utilizados para a finalidade correspondente ser atingida, período esse que poderá apresentar alguma dificuldade na sua fixação, uma vez que poderá ser dificultoso, previamente, já se estabelecer o prazo de reverberação do produto dos dados tratados

Outro princípio é o da **qualidade dos dados**, sendo outra garantia dos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.

Novamente o professor Marcos Pestana traz a seguinte lição sobre o tema:

A exatidão nos remete à ideia de precisão, do liame estrito estabelecido entre dados, tratamento e finalidade; clareza, por sua vez, associa-se à noção de que tal relação seja assentada em palavras e procedimentos que, indubitavelmente, esclareçam os destinatários da mensagem, sobretudo a pessoa natural titular dos dados a serem tratados, assim como para que se voltem, certamente, para o resultado almejado; relevância, à sua vez, indica que o tratamento em questão somente será realizado, caso tal proceder permita atingir-se a finalidade previamente objetivada e, também, que, antecipadamente, tenha sido aprovada pelo titular do dados; finalmente, atualização é o elemento que, de pronto, enfatiza o aspecto temporal e dinâmico dos dados, nos remetendo à ideia de que, não obstante tenham sido recolhidos e fixados num determinado átimo, é compreensível que a dinâmica da realidade da vida promova modificações em tais dados, o que exige a sua constante atualização.

O princípio da **transparência** garante aos titulares dos dados informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.

Busca-se com este princípio preservar, sempre em ambiente seguro, os dados das pessoas naturais objeto do tratamento. Para tanto deverão ser utilizadas, sempre, técnicas contemporâneas de segurança, assim como, em se tratando de pessoa jurídica tratadora, de procedimentos constantemente aprimorados com vistas a garantir a manutenção da segurança

Pelo princípio da **segurança**, devem ser utilizadas medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

O princípio da **prevenção** determina a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Já o princípio da **não discriminação** prevê a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Por fim, o princípio da **responsabilização e prestação de contas** determina a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

6.6 - Delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública

Disposições Gerais

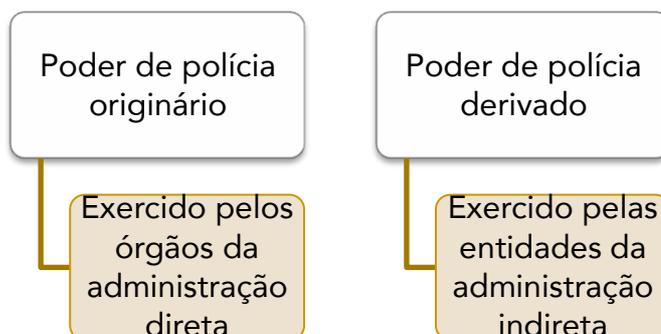
Conforme estudado em nosso curso regular, o poder de polícia pode ser conceituado a partir de sua previsão no artigo 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia **atividade da administração pública** que, **limitando ou disciplinando direito**, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, **em razão de interesse público** concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Ou seja, com fundamento na **supremacia do interesse público** e na necessidade de **concretização dos direitos fundamentais** relativos à segurança e à saúde públicas, a Administração Pública pode condicionar ou restringir o exercício de direitos ou de atividades de particulares.

Quanto a isso, não há controvérsias. A grande discussão diz respeito à possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, tendo em vista que o poder de polícia decorre diretamente do poder de império do Estado.

Nesse ponto, é necessário distinguir o poder de polícia **originário** e o **derivado**.



No que tange **às pessoas jurídicas de direito público da administração indireta** (autarquias e fundações públicas), é pacífico o entendimento pela **possibilidade** de delegação do poder de polícia a essas pessoas por meio de lei, pois elas exercem atividade típica de Estado.

Por sua vez, a delegação do poder de polícia a **pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta** (empresas públicas e sociedades de economia mista) sempre foi objeto de intensa discussão na doutrina e jurisprudência pátrias, uma vez que referidas entidades, ainda que integrantes da administração pública, se constituem na forma de pessoas jurídicas de direito privado, desprovidas de poder de império.

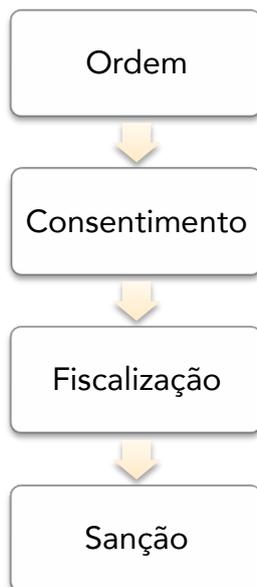
Posição tradicional do STF

O STF sempre entendeu ser **inconstitucional a delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado**, tendo em vista que o poder de polícia decorre diretamente do poder de império do Estado e, portanto, apenas poderia ser exercido por pessoas jurídicas de direito público¹⁹.

Posição tradicional do STJ

¹⁹ STF. ADI 1717-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJe 28/3/2003

Tradicionalmente, o STJ utilizava a **teoria do ciclo de polícia**, desenvolvida pelo jurista Diogo de Figueiredo, para resolver a questão da delegação do poder de polícia. Segundo essa teoria o poder de polícia pode ser dividido em 4 (quatro) fases ou etapas:



Para a Corte Cidadã, seria **possível a delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração**, mas tão somente as fases de **consentimento e fiscalização**. Vejamos parte da ementa da decisão do STJ:

Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público²⁰.

Esse entendimento do STJ vigorou durante muito tempo, tendo sido adotado em diversas provas de concurso público. Contudo, ao enfrentar o tema em 2020, o STF superou a controvérsia, consolidando o seguinte entendimento em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.



Posição atual do STF

²⁰ STJ. 2ª Turma. REsp 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2009

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 633.782/MG, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal alterou sua posição tradicional e consolidou o entendimento de que **é possível a delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista)**, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

É constitucional a delegação do poder de polícia, **por meio de lei**, a **pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público** que prestem **exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado** e em **regime não concorrencial**²¹.

Assim, consolidou-se o entendimento pela possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, se preenchidos os seguintes requisitos:

Sejam integrantes da Administração Pública indireta

A delegação seja feita por meio de lei

Capital social seja majoritariamente público

Prestem serviço público de atuação própria de Estado

Atuem em regime não concorrencial

Atente-se para um aspecto muito importante da decisão da Suprema Corte. Apesar de não constar expressamente na tese fixada, o Supremo fez uma ressalva no que tange à fase denominada de **ordem de polícia**.



Entendeu-se que a ordem de polícia, por consistir em ato de natureza normativa/legislativa, **é absolutamente indelegável a pessoas jurídicas de**

²¹ STF. Plenário. RE 633782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2020

direito privado. Portanto, o entendimento exposto acima aplica-se exclusivamente às fases de consentimento, fiscalização e sanção.

DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA	
Pessoa jurídica de direito público da Administração Indireta	Pessoa jurídica de direito privado da Administração Indireta
Plenamente possível.	Possível a delegação dos atos de consentimento, fiscalização e sanção , desde que: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Seja por meio de lei; ✓ Capital social majoritariamente público; ✓ Prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado; ✓ Regime não concorrencial.

6.7 - Autonomia federativa e requisição administrativa de bens públicos

De início, destaca-se que a requisição administrativa possui previsão no art. 5º, XXV, da Constituição Federal:

Art. 5º (...). XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Trata-se de ocupação ou uso temporário, por autoridades públicas, de bens ou serviços, em casos de necessidades transitórias da coletividade²².

Perceba que o dispositivo se refere expressamente à **propriedade particular**, de modo que a doutrina majoritária entende que, **em situação de normalidade institucional, não é possível que os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) requisitem bens e serviços uns dos outros.**

²² Novelino, Marcelo. Curso de Direito Constitucional, 15. ed, Salvador, JusPudivm, 2020, pag. 428.



Contudo, o artigo 136, §1º, II e 139, VII, ambos da Constituição preveem que, **durante a vigência do estado de defesa ou do sítio**, uma das medidas que podem ser adotadas é justamente a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos:

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.

§1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

(...)

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

(...)

VII - requisição de bens.

Ao analisar o tema, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a requisição federal de hospitais públicos municipais é inconstitucional, tendo em vista que a requisição administrativa tem por objeto, em regra, os bens e os serviços privados (art. 5º, XXV, da CRFB).

Dessa forma, a requisição de bens e serviços públicos é excepcional e somente pode ser efetivada após a declaração formal do Estado de Defesa e do Estado de Sítio²³.

²³ STF, Tribunal Pleno, MS 25.295/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 05.10.2007, p. 22. Afirmou-se a impossibilidade de requisição dos Hospitais Miguel Couto e Souza Aguiar de propriedade do Município do Rio de

Mais recentemente a Suprema Corte foi novamente instada a se manifestar sobre o cabimento da requisição administrativa de bens e serviços públicos. No caso, a União, por meio do Ministério da Saúde, requisitou todo o estoque de agulhas e seringas de uma empresa farmacêutica, com a qual o Estado de São Paulo havia celebrado contrato de fornecimento de seringas e agulhas para utilização no programa de vacinação.



NOVIDADE!

Nesse cenário, a empresa informou ao Estado que não poderia mais cumprir o contrato, em razão da requisição efetuada pelo Governo federal. Diante do conflito, o Estado de São Paulo ajuizou ação contra a União requerendo que a requisição não pudesse abranger os insumos já adquiridos e empenhados, tendo em vista que estes já integravam o domínio público estadual, mesmo que ainda não entregues.

Ao apreciar o tema, o STF entendeu que a União não poderia requisitar os insumos contratados pelo Estado de São Paulo, **cujos pagamentos já haviam sido empenhados e que eram destinados à execução do plano estadual de imunização.**

O Supremo ainda destacou que a competência da União de coordenar o Programa Nacional de Imunização (PNI) e de definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações **não exclui a competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para adaptá-los às peculiaridades locais**, em razão da competência comum para cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II, da CF/88).



RESUMINDO

Portanto, sedimentou-se que **é incabível a requisição administrativa, pela União, de bens e insumos contratados por unidade federativa e destinados à execução do plano local de imunização, cujos pagamentos já foram empenhados**²⁴.

Janeiro. Além da necessidade de observância do processo prévio para declaração do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, entendeu-se haver intervenção federal no Município do Rio de Janeiro, o que seria vedado pela Constituição.

²⁴ ACO 3463 MC-Ref/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 8/3/2021 (Info 1008).

7 - DIREITO CIVIL

7.1 - Defeitos do negócio jurídico: Erro e Dolo

O negócio jurídico pode ser prejudicado quando configurado defeito na vontade do agente, tendo em vista que esta **vontade deve ser manifestada de forma idônea e que corresponda ao desejo** daquele que pactuou o negócio em questão.

Nos casos onde não há manifestação de vontade, não há que se falar em existência do negócio jurídico, contudo, em caso de manifestada a vontade de maneira viciada abre-se a possibilidade de anulação do negócio decorrente desta manifestação viciada.

O Código Civil de 2002 define as hipóteses de falha na manifestação de vontade como **“Defeitos do Negócio Jurídico”**, anteriormente (no Código de 1916), os defeitos se dividiam em dois campos:

- i) vícios de consentimento; e
- ii) vícios sociais.

Veremos dois daqueles considerados como **vícios de consentimento**.

Erro

O erro é apresentado como hipótese de anulabilidade no negócio jurídico nos artigos 138 a 144 do Código Civil e pode ser compreendido como uma falsa percepção da realidade.

Nos casos de Erro, o indivíduo faz uma avaliação equivocada da situação, acreditando em uma determinada coisa quando, em realidade, se trata de outra distinta.

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Erro substancial e erro accidental

Importa fazer uma ressalva, **o erro que tem potencial a invalidar o negócio jurídico é o chamado erro substancial**, ou seja, aquele sem o qual não haveria sequer a celebração do negócio.

O erro accidental, por sua vez, (aquele sem o qual o negócio ainda seria celebrado) não tem o condão de anular o negócio jurídico.

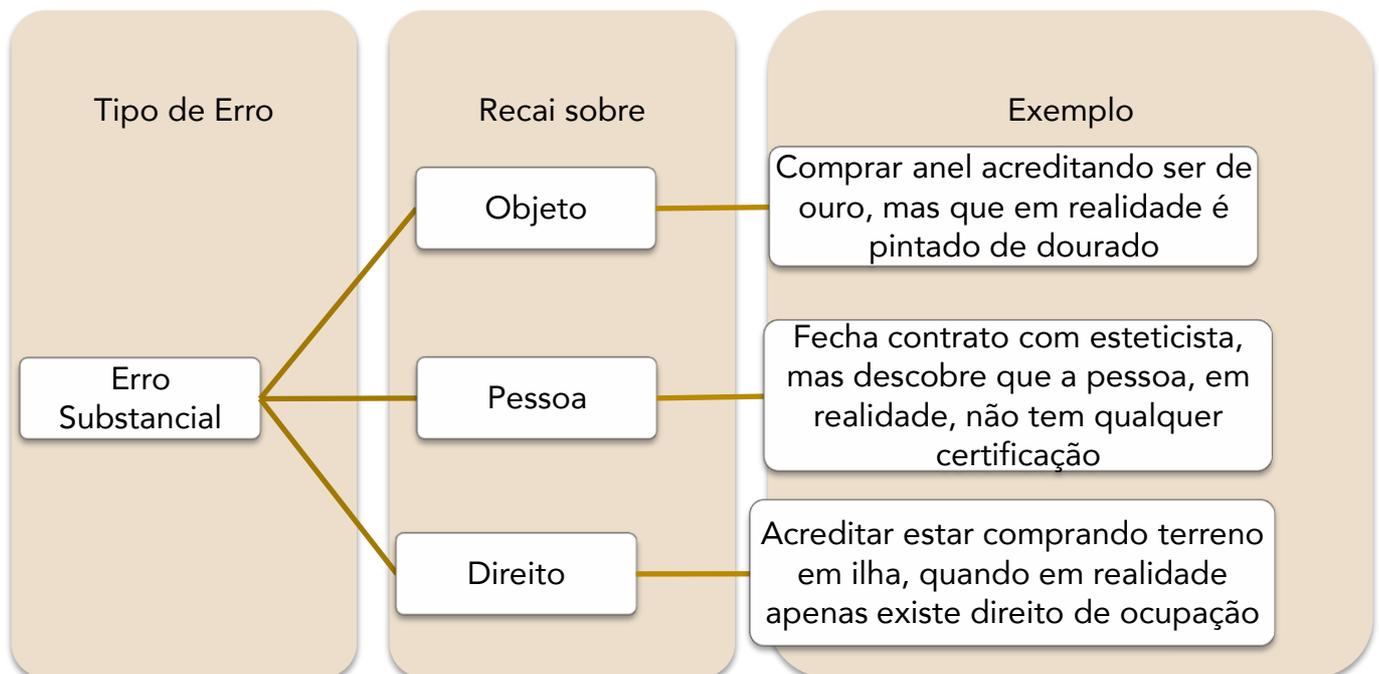
A definição de erro substancial é dada pelo artigo 139:

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.



Desta maneira, o erro substancial pode ser representado pelo seguinte esquema:

Erro escusável

O erro será escusável quando ele teria sido cometido por qualquer pessoa de diligência média/normal.

ESCLARECENDO!



Ex. Benjamin, uma pessoa que não tem conhecimento específico sobre pedras preciosas, compra um anel de diamantes para pedir seu namorado Victor em casamento, contudo, as pedras incrustadas no anel não são diamantes, mas sim zircônias, uma pedra sintética de baixo valor. Neste caso

poderá haver anulação em razão de erro substancial.

Situação diferente seria se Benjamin fosse um ourives, **não haveria, nesta hipótese, como anular o**



Negócio Jurídico.

Para a doutrina, contudo, o fato de o erro ser escusável não é relevante para fins de anulação.

O que interessa, para a verificação da anulabilidade, é a confiança que a parte deposita nas informações oferecidas a ela pela contraparte.

No exemplo acima, não interessa se Benjamin é ourives ou não, é relevante a informação que lhe foi passada pelo vendedor a respeito do produto.

Nesse sentido encontramos o **Enunciado 12, do CJF**: “na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.”

Este princípio da confiança está ligado à boa-fé objetiva.



Analise na prova se deverá adotar o entendimento doutrinário ou a literalidade do caput do artigo 138, isto é, sobre a necessidade de tratar-se de pessoa de diligência normal para a verificação da escusabilidade do erro.

Dolo

O dolo não é definido pelo Código Civil, entende-se, entretanto que **se caracteriza pelo induzimento ao erro.**

No dolo a pessoa não erra sozinha, como acontece nos casos de erro, mas **erra porque assim foi induzida**.

Para causar a anulabilidade do Negócio, **há necessidade de que o dolo seja**, assim como o erro, **substancial**:

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

O dolo substancial se caracteriza por ser aquele sem o qual o negócio não teria sido celebrado.

Dolo accidental

Por outro lado, em se tratando de dolo accidental, o negócio teria sido celebrado de qualquer maneira, independentemente do induzimento. Contudo, nesta última hipótese, há o dever, por parte daquele que agiu com dolo, de **indenizar a parte que celebrou o negócio jurídico em razão da indução**:

Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Dolo por omissão

É possível a configuração de dolo por omissão, sendo este decorrente do **silêncio intencional do agente**.

O dolo por omissão também é causa de anulação, desde que configurada situação de dolo substancial, isto é, se a parte não se omitisse acerca de um fato ou qualidade essencial, o negócio não seria celebrado.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Dolo de terceiro

O Código Civil aceita que o dolo seja praticado pelo contratante ou por terceiro, contudo, **o dolo de terceiro apenas anula o negócio jurídico se a parte contratante que se beneficiou do vício sabia da existência do dolo**.

Caso o contratante beneficiado não saiba da existência do dolo, prevalece a proteção da boa-fé, e conseqüentemente conserva-se o negócio. O terceiro que agiu com dolo, nesses casos, responderá por perdas e danos em face da parte induzida.

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Dolo do representante

Não há que se arguir se o dolo do representante anula o negócio ou não, tendo em vista que **o representante atua no negócio como parte contratante**, valendo a mesma regra que dispõe sobre ser anulável o negócio se o dolo é substancial.

Em se tratando de representante é legal, não há como proceder em responsabilização incisiva do representado, uma vez que não foi ele quem escolheu o representante, contudo, **caso se trate de representante convencional, o representado responderá solidariamente com o representante** por perdas e danos, tendo em vista que o dolo do representante escolhido decorre diretamente da má escolha do representado sobre quem o iria representar.

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

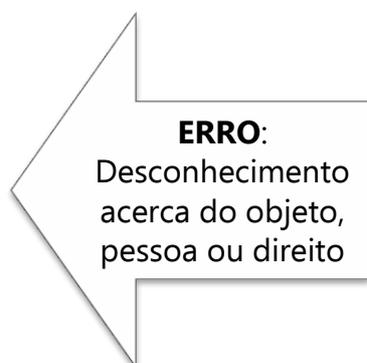
Dolo bilateral

Dolo bilateral (ou recíproco) é aquele em que **ambas as partes contratantes do negócio procedem com dolo**.

Neste caso, o requerimento de anulação caracteriza comportamento contraditório, o que é vedado pela boa fé, destarte, a lei impõe a obrigação de cumprimento do negócio nos exatos termos em que foi celebrado.

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Resumindo:



7.2 - Classificação dos bens

Bens são todos os objetos materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação ou utilização econômica pelas pessoas físicas ou jurídicas.

Apesar de não prevista no Código Civil, conhecer a classificação dos bens²⁵ é importantíssimo para a compreensão da matéria.

1. Quanto à tangibilidade

Quanto à tangibilidade, os bens classificam-se em:

a) **corpóreos, materiais ou tangíveis:** são bens que possuem **existência corpórea**, podendo ser tocados. Por exemplo, um carro.

b) **incorpóreos, imateriais ou intangíveis:** são aqueles bens abstratos, que não podem ser tocados, como a propriedade industrial e o direito de autor.



Observa Pablo Stolze Gagliano que, embora as relações jurídicas possam ter como objeto tanto bens corpóreos quanto incorpóreos, há algumas diferenças na sua disciplina jurídica, como, v. g., o fato de que somente os primeiros podem ser objeto de contrato de compra e venda, enquanto os bens imateriais somente se transferem pelo contrato de cessão, bem como não podem, em teoria tradicional, ser adquiridos por usucapião, nem ser objeto de tradição (uma vez que esta implica a entrega da coisa)²⁶.

²⁵ Para tanto, vamos nos basear na classificação apresentada pelo professor Flávio Tartuce em seu **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 202, p. 348.

²⁶ **Novo curso de direito civil: parte geral**, v. 1. 23^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

2. Quanto à mobilidade

No que se refere à mobilidade, os bens podem ser:

a) **imóveis**: estão previstos nos arts. 79 a 81 do Código Civil. São aqueles que não podem ser removidos ou transportados sem que sejam destruídos ou deteriorados.



Os bens imóveis subdividem-se em:

➤ **bens imóveis por natureza ou por essência**: é o solo e tudo quanto se lhe incorporar naturalmente (art. 79, CC). Abrangem o solo com a sua superfície, o subsolo e o espaço aéreo. Tudo que for incorporado será considerado imóvel por acessão, como por exemplo, uma árvore que nasce naturalmente.

➤ **bens imóveis por acessão física industrial ou artificial**: são aqueles formados por tudo que o homem incorporar permanentemente ao solo, não podendo removê-los sem a sua destruição ou deterioração, como os edifícios e construções. Nos termos do art. 81 do CC, não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

➤ **bens imóveis por acessão física intelectual**: os bens imóveis por acessão física intelectual eram definidos no art. 43, inc. III do CC/1916 como sendo "tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade". São, por exemplo, as escadas de emergência e os aparelhos de ar-condicionado. São tratados, geralmente, como *pertenças*.

➤ **bens imóveis por disposição legal**: são bens considerados imóveis pela vontade do legislador, para que possam receber melhor proteção jurídica. Estão elencados no art. 80 do CC:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

b) móveis: previstos nos arts. 82 a 84 do CC, são aqueles bens que podem ser transportados sem deterioração de sua substância, mediante o emprego de força própria ou alheia.



✓ **bens móveis por natureza ou essência:** são os bens que podem ser transportados mediante força própria ou alheia, sem que se deteriorem. Quando o bem pode ser movido de um local para outro com uso de força própria, é chamado de *semovente* (por exemplo, animais). Segundo o art. 84 do Código Civil, "os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio". Estes bens são denominados de *bens móveis propriamente ditos*.

✓ **bens móveis por antecipação:** são os bens incorporados ao solo, mas que estão destinados a serem destacados e convertidos em móveis, como por exemplo, as árvores cortadas para se transformarem em lenha.

✓ **bens móveis por determinação legal:** são bens considerados móveis pela vontade do legislador, nos termos do art. 83 do CC:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.



Os navios e aeronaves são **bens móveis especiais** ou *sui generis*, pois, apesar de serem móveis pela natureza ou essência, são tratados pela lei como imóveis, necessitando de registro especial e admitindo hipoteca.

3. Quanto à fungibilidade

A classificação dos bens quanto à fungibilidade está prevista no art. 85 do Código Civil; são eles:

a) fungíveis: são os bens móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Na maioria das vezes, os bens móveis são fungíveis, exceto nos casos de veículos e aparelhos de celular que, por terem número de identificação específico (chassi e IMEI, respectivamente), são considerados infungíveis.

Em regra, a fungibilidade decorre da natureza do bem, mas as partes poderão tornar um bem fungível em bem infungível. É o caso do *comodato ad pompam*, pelo qual as partes convencionam que o objeto do contrato se torne infungível. Por exemplo, o empréstimo gratuito de uma cesta de frutas apenas para a ornamentação de uma mesa. Tal bem deverá ser devolvido ao final da celebração, não se admitindo seja substituído por outro²⁷.

b) infungíveis: são os bens móveis que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Também são denominados de *bens personalizados* ou *individualizados*. É o caso, por exemplo, das obras de arte.

4. Quanto à consuntibilidade

O art. 86 do CC trata da classificação dos bens quanto à sua consuntibilidade, que leva em conta dois parâmetros:

- se o consumo do bem implica destruição imediata, a consuntibilidade é **física, de fato** ou **fática**;
- se o bem pode ser ou não objeto de consumo, ou seja, se pode ser alienado, a consuntibilidade é **jurídica** ou de **direito**.

Quanto à sua consuntibilidade, os bens dividem-se em:

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: parte geral, v. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 122.

a) consumíveis: são os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância (consuntibilidade física), sendo também considerados tais os destinados à alienação (consuntibilidade jurídica).

Como exemplo de um bem que pode ser consumível sob o ponto de vista físico e pode ser inconsumível sob o ponto de vista jurídico é uma garrafa de bebida rara gravada com a cláusula de inalienabilidade por testamento.

b) inconsumíveis: são aqueles que podem ser utilizados continuamente, sem que se deteriorem imediatamente (inconsuntibilidade física), e aqueles que são inalienáveis (inconsuntibilidade jurídica).

Observa Silvio de Salvo Venosa que tal qualidade deve ser entendida no sentido econômico e não no sentido vulgar, pois tudo que existe na face da terra inexoravelmente será consumido, ou ao menos deixará de ser o que é, para ser transformado²⁸.

Exemplo de um bem inconsumível do ponto de vista físico e consumível do ponto de vista jurídico é o automóvel.

5. Quanto à divisibilidade

Quanto à divisibilidade, os bens classificam-se em:

a) divisíveis: são os bens que são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam (art. 87, CC).

De acordo com o art. 88 do CC, os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.

b) indivisíveis: são os bens que não podem ser fracionados, sob pena de o todo perder suas qualidades essenciais ou se desvalorizar. A indivisibilidade subdivide-se em:

- natural: é o caso de um animal, que não pode ser dividido sem que o todo seja destruído;

²⁸ **Direito civil:** parte geral. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 289.

- legal ou jurídica: é o caso da hipoteca e da servidão, que são, em regra, indivisíveis;
- convencional: quando as partes convencionam que o bem será indivisível, como por exemplo, quando os proprietários de um boi convencionam que o animal será utilizados para reprodução, o que retira a possibilidade de sua divisão.

6. Quanto à individualidade

Quanto à individualidade, os bens podem ser:

a) singulares ou individuais: São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais (art. 89, CC). Podem ser simples, quando suas partes componentes encontram-se ligadas naturalmente (uma árvore, um cavalo), ou compostas, quando a coesão de seus componentes decorre do engenho humano (um avião, um relógio)²⁹.

b) coletivos ou universais: são os bens formados por várias coisas singulares, consideradas em conjunto e formando um todo individualizado. Podem decorrer de uma união fática ou jurídica:

✓ **universidade ou universalidade de fato:** de acordo com o art. 90, *caput* e parágrafo único do CC, constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias. É o caso, por exemplo, de uma biblioteca.

✓ **universidade ou universalidades de direito:** segundo o art. 91 do CC, constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. São exemplos de universalidade de direito o espólio e a massa falida.

7. Quanto a dependência em relação a outro bem (bens reciprocamente considerados)

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil:** parte geral, v. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 123.

No que diz respeito à relação com outros bens, em dependência ou não, os bens podem ser classificados em:

a) principais ou independentes: como dispõe o art. 92 do CC, principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Sua função ou finalidade não dependem de qualquer outro objeto.

b) acessórios ou dependentes: como dispõe o art. 92 do CC, bem acessório é aquele cuja existência supõe a do principal. Sua existência e finalidade dependem do bem principal. São bens acessórios:

→ **frutos naturais:** são utilidades geradas pelo bem principal, sem necessidade de intervenção humana, como os frutos de uma árvore;

→ **frutos industriais:** decorrem da intervenção humana, como o material produzido por uma fábrica;

→ **frutos civis:** decorrem de uma relação jurídica ou econômica, também denominados de *rendimentos*, como é o caso dos valores de locação de um imóvel.

Quanto à ligação com a coisa principal, os acessórios podem ser:

→ **pendentes:** são aqueles que ainda não foram destacados da coisa principal, como os frutos que ainda estão presos à árvore;

→ **percebidos:** são aqueles que foram destacados da coisa principal, como por exemplo, os frutos colhidos da árvore;

→ **estantes:** são os frutos que foram destacados da coisa principal e que se encontram armazenados. Por exemplo, os frutos colhidos da árvore e já estocados e armazenados para venda;

→ **percipiendos:** são os frutos que deveriam ter sido colhidos, mas não foram, como os frutos que deveriam ter sido colhidos e está amadurecendo e apodrecendo;

→ **consumidos:** são os frutos que foram colhidos e não existem mais, como os frutos que foram colhidos da árvores e já vendidas a terceiros.



Segundo o princípio geral do Direito Civil de que "o acessório segue o principal, salvo disposição especial em contrário", o proprietário do bem principal será também do bem acessório. A natureza jurídica do acessório será a mesma do principal. Neste sentido, o art. 232 do CC dispõe que "A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso".

Também são bens acessórios:

→ **produtos:** são bens acessórios destacados da coisa principal, diminuindo sua qualidade e substância. Por exemplo, as pedras preciosas extraídas de uma mina;

→ **pertenças:** de acordo com o art. 93 do CC, são pertencas os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

As pertencas não se submetem à regra da "gravitação jurídica", pela qual o acessório segue o principal, como determina o art. 94 do CC: "Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso".

→ **partes integrantes:** são os bens acessórios que, unidos ao bem principal, formam um todo independente. As partes integrantes são desprovidas de existência material própria, mas mantêm a sua identidade. É o caso, por exemplo, da lâmpada em relação ao lustre.

→ **benfeitorias:** são os bens acessórios introduzidos em um bem móvel ou imóvel, e têm por objetivo a sua conservação ou melhora da sua utilidade. Segundo o art. 96 do CC, as benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias:

§1º São 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.

§2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

A classificação das benfeitorias pode variar conforme a sua destinação. Por exemplo, uma piscina em uma casa pode ser uma benfeitoria voluptuária. Se em uma escola, pode ser uma benfeitoria útil. E, se em uma escola de natação, pode ser uma benfeitoria necessária.



As benfeitorias não se confundem com as acessões industriais ou artificiais. Benfeitorias são obras ou despesas feitas em bem já existente. As acessões industriais são obras que criam coisas novas, como a edifica o de uma casa, e têm regime jurídico diverso, sendo um dos modos de aquisi o da propriedade imóvel. A pintura ou os reparos feitos em casa já existente constituem benfeitorias³⁰.

8. Quanto ao titular do domínio

No que se refere ao titular do domínio, os bens classificam-se em:

a) particulares ou privados: são os bens que pertencem às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

b) públicos ou do Estado: são aqueles que pertencem à União, aos Estado ou aos Municípios.

Os bens públicos dividem-se em:

➤ **bens de uso geral ou comum do povo (art. 99, inc. I, CC):** são os bens que podem ser utilizados pelo público em geral, sem necessidade de permissão especial, como rios, mares, estradas, ruas e praças;

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Parte geral**. Cole o Direito civil brasileiro, v. 1. 18^a ed. São Paulo: Saraiva Educa o, 2020, p. 335.

➤ **bens de uso especial (art. 99, inc. II, CC):** são os bens afetados ao uso público, ou seja, são os bens utilizados pelo Estado para a execução de serviço público especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

➤ **bens dominicais ou dominiais (art. 99, inc. III, CC):** são os bens que pertencem ao patrimônio estatal, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Os bens públicos de uso geral do povo e os de uso especial são bens do domínio público do Estado. Os dominicais são do domínio privado do Estado. Neste sentido, dispõe o parágrafo único do art. 99 do CC que "não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado".

Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (arts. 100 e 101, CC).

Nos termos do art. 102 do CC, os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Por fim, de acordo com o art. 103 do CC, o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

7.3 - Direitos da Personalidade

Contextualização

A partir do advento da CF/88, partindo das necessidades de mudanças jurídico-materiais decorrentes do neoconstitucionalismo, o Direito Civil mudou profundamente sua face protetiva, o CC/1916 era um Código liberal, individualista e patrimonialista, modelo não bem aceito e não condizente com a realidade constitucional.

A partir da promulgação do CC/2002, o *Codex* máximo das relações privadas passou a tutelar de forma incisiva os **direitos existenciais**, e não somente os patrimoniais. Tal mudança paradigmática do Direito Civil se dá como consequência à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a criação de um Direito Civil-Constitucional, profundamente defendido por Pietro Perlingieri.

A mudança na face protetiva do Direito Civil não quer dizer que houve o abandono da tutela dos interesses particulares-patrimoniais, mas tão somente a imposição da

necessidade de se observar os preceitos decorrentes da dignidade da pessoa humana quando das relações privadas (relações horizontais, daí a eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais).

Características e conceito

A construção do conceito de Direitos da Personalidade é recente, teve seu início no pós-guerra, sobretudo a partir das doutrinas germânica e francesa, de modo a operacionalizar uma série de direitos inerentes às pessoas humanas nas relações privadas.

Deste modo, podemos conceituar os direitos da personalidade como uma classe de direitos indisponíveis, vitalícios, imprescritíveis, inexpropriáveis e inerentes à pessoa humana, reflexos aos direitos fundamentais, garantidos a todos e aplicáveis nas relações privadas do indivíduo.

Trata-se de um **núcleo garantidor da existência mínima e digna das pessoas** que atue se sobrepondo às liberdades negociais dentro das relações privadas dos indivíduos. O Código Civil regula os direitos da personalidade, de forma expressa, em seus artigos 11 a 21.

A caracterização destes direitos se dá logo no início do Código Civil, a partir dos artigos 11 e 12, que definem suas intransmissibilidade e irrenunciabilidade de forma expressa, impondo a vedação à limitação voluntária ao exercício destes direitos por seu titular, além de garantir que se pode exigir que cesse ameaça ou lesão, bem como reparação por perdas e danos.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Caso haja ofensa aos direitos da personalidade perpetrada pelo Estado, deve-se invocar o art. 5º, inciso X, da Constituição, mas é possível que se extraiam normas protetivas dos direitos da personalidade tanto do Código Civil quanto da própria Constituição, isso se dá como reflexo do Direito Civil-Constitucional. Nesse sentido, Pietro Perlingieri leciona que a Constituição, como limite do ordenamento, sempre vai atuar, direta ou indiretamente, no caso concreto.

Atenção! O rol de direitos da personalidade trazido pelo Código Civil não é taxativo, mas sim meramente exemplificativo, é o que parte da doutrina chama de “tipicidade aberta”.

Nesse sentido, podemos nos recordar do enunciado 274 do CJF:

Enunciado 274, CJF: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

Os direitos da personalidade podem receber diversas características (com diferentes nomes), mas vamos tratar aqui de forma a contemplar o maior número de características possível, vejamos:

Generalidade / absolutismo: é a característica que confere a abrangência dos direitos da personalidade a qualquer pessoa, a partir da generalidade se compreendem estes direitos como de titularidade de qualquer pessoa humana, sendo oponíveis de maneira *erga omnes*;

Vitaliciedade: esta característica garante que estes direitos sejam inatos e que sua titularidade não convesça com o tempo. Desta forma, esta classe de direitos é resguardada à pessoa durante toda sua vida, desde a concepção naquilo que cabível (direitos do nascituro), sendo ainda alguns deles garantidos depois da morte (memória do morto);

Imprescritibilidade: da mesma forma que são vitalícios, os direitos da personalidade são imprescritíveis, isto é, não se extinguem pelo não uso ou pela inércia em sua defesa;

Intransmissibilidade / Inalienabilidade: A ideia principal é que a transmissão e a alienação se dão apenas sobre direitos de cunho patrimonial/econômico, o que não é o caso dos direitos da personalidade, não sendo possível que haja a transmissão *inter vivos* ou *causa mortis*.

Da mesma forma, **não poderá o Estado agir de maneira que se pretenda a constrição dos direitos da personalidade** do indivíduo, por qualquer razão que seja.

Memória do morto

Sobre a intransmissibilidade dos direitos da personalidade importa que façamos uma observação, trata-se dos direitos do morto.

A morte gera o fim dos direitos patrimoniais e da personalidade da pessoa, nesse sentido, ao ocorrer a morte, abre-se automaticamente sua sucessão, para a transmissão do patrimônio aos sucessores, enquanto que, em se tratando de direitos da personalidade, estes são extintos.

Contudo, a morte não quer dizer que se possa atentar contra sua honra, imagem, nome, etc., ainda que o indivíduo tenha falecido e seus direitos da personalidade não sejam transmissíveis a seus sucessores, estes últimos passam a titularizar um novo direito da personalidade que surge com a morte, chamado “memória do morto”.

Atenção! A “memória do morto” não é um direito do falecido, mas um direito da personalidade dos seus familiares, sendo composta pela proteção à imagem, nome e privacidade da pessoa falecida.

São legitimados à propositura de medidas de tutela, isto é, são titulares da memória do morto: cônjuge, companheiro sobrevivente, parente em linha reta ou colateral em até quarto grau, conforme dispõe o art. 12, CC, como vimos acima. Este dispositivo é de **tutela geral**, isto é, não diz respeito a todos os direitos da personalidade.

Em se tratando especificamente dos direitos relativos à **honra e imagem**, é cabível o artigo 20, parágrafo único, que determina como titulares o cônjuge, ascendentes e descendentes:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Os legitimados poderão tanto proteger a memória do morto de modo a impor uma obrigação de fazer ou de não fazer, como também requerer a reparação por dano moral.

A doutrina tece críticas ao rol trazido pelo legislador ao Código Civil, uma vez que se leva em consideração a consanguinidade ou parentesco formal, ignorando-se os laços de intimidade e afeto do falecido.

Exemplo: Eduardo era noivo de Matheus há 3 (três) anos, e não tinha contato com sua família, que o expulsou de casa ainda adolescente por ser gay. Voltando do trabalho sofre um acidente de carro e falece. Após seu falecimento, os colegas de trabalho passam a fazer brincadeiras de mal gosto na internet, utilizando-se da imagem de Eduardo. Neste caso, Matheus não poderia propor ação que visasse a cessação das brincadeiras, por não ser titular do direito à memória de Eduardo, ainda que os atos lesivos à imagem de seu noivo lhe causem profunda dor psíquica.

Dada esta situação, a doutrina entende por bem estender a possibilidade de proteção à memória do morto a todos aqueles que comprovem existência de um laço de afetividade com o falecido, independentemente de estar arrolado ou não.

Atenção! Este o entendimento acima não é aquele que consta do CC. É necessário que você observe aquilo que o examinador está pedindo na questão, ou seja, se é o entendimento do CC ou se é entendimento doutrinário. Em uma prova de segunda fase, recomenda-se que o candidato pode aponte a crítica feita pela doutrina, fazendo uma contraposição ao CC, enquanto que em uma prova objetiva, recomendamos que siga a literalidade do Código.

Reflexos patrimoniais

Este ponto específico merece especial atenção, uma vez que diz respeito tanto à intransmissibilidade quanto à imprescritibilidade dos direitos da personalidade.

Ainda que não possuam natureza econômico-patrimonial, os direitos da personalidade têm reflexos econômicos, sendo o principal exemplo o dano moral decorrente de violação de direito da personalidade.

Neste ponto é importante que tenhamos em mente que não se deve confundir a prescrição por danos materiais com a imprescritibilidade dos direitos da personalidade. A pretensão surgida para a indenização por danos morais tem natureza patrimonial, e desta maneira prescrevem, o que não prescreve é a pretensão pela tutela dos direitos da personalidade propriamente ditos.

Atenção! É, contudo, imprescritível o direito à reparação de danos à personalidade decorrentes de violação aos direitos humanos, como aqueles praticados durante o período do regime militar no Brasil.

Desta forma, importa que entendamos sobre a sucessão da titularidade destes direitos patrimoniais decorrentes de violação aos direitos da personalidade, e isso podemos extrair do art. 943, CC:

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Desta forma, todo tipo de reparação, seja por dano moral, material, perda de uma chance, dano institucional, dentre outros, há a existência de conteúdo econômico e, portanto, o direito de exigir transmite-se com a herança.

Independentemente se o indivíduo ajuizou ou não a ação, seus herdeiros poderão prosseguir na busca pela reparação, seja como sucessores processuais ou como autores originários da ação de reparação, ambos os casos são decorrentes da aplicação do art. 943.

Podemos vislumbrar, portanto, as possibilidades a partir de julgados do STJ:

Legitimidade para a sucessão processual

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VÍTIMA. FALECIMENTO. SUCESSORES. LEGITIMIDADE. PEDIDO. PETIÇÃO INICIAL. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. ART. 42 DO CP. OFENSAS VEICULADAS EM PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL. INAPLICABILIDADE. OFENSAS CONTRA JUIZ. INAPLICABILIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. REVISÃO PELO STJ. VALOR IRRISÓRIO OU EXCESSIVO. POSSIBILIDADE. 1. Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Precedentes. 2. Se o espólio, em ação própria, pode pleitear a reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, com mais razão deve se admitir o direito dos sucessores de receberem a indenização moral requerida pelo de cujus em ação por ele própria iniciada. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. O art. 42 do CP não impede a caracterização de dano moral decorrente de ofensas veiculadas em procedimento extrajudicial, na medida em que essa causa excludente de antijuridicidade pressupõe a existência de uma relação jurídica processual, bem como que a ofensa tenha sido lançada numa situação de efetivo debate entre as partes, para a qual o legislador admitiu a exaltação de ânimos. 5. O art. 42 do CP faz referência expressa às partes e seus procuradores, permitindo inferir que a excludente não alcança ofensas dirigidas ao Juiz, visto que, no sentido abraçado pelo tipo penal, ele não pode ser considerado parte no processo, por não tem nenhum interesse no resultado final da controvérsia. 6. A revisão de montante arbitrado a título de indenização por danos morais comporta revisão pelo STJ nas hipóteses em que se mostrar manifestamente irrisório ou excessivo. 7. Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp 1071158/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011)

Legitimidade para propositura da ação

Ainda que seja grande esta ementa, recomendamos sua leitura integral, trata-se de um julgado muito rico e interessante.

RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENDIDO FALECIDO. LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES PARA PROPOR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO. 1. Na hipótese dos autos, o filho dos recorridos, em abordagem policial, foi exposto a situação vexatória e a espancamento efetuado por policiais militares, o que lhe causou lesões corporais de natureza leve e danos de ordem moral. A ação penal transitou em julgado. Após, os genitores da vítima, quando esta já havia falecido por razões outras, propuseram ação de indenização contra o fato referido, visando à reparação do dano moral sofrido pelo filho. 2. A questão controvertida consiste em saber se os pais possuem legitimidade ativa ad causam para propor ação, postulando indenização por dano moral sofrido, em vida, pelo filho falecido. 3. É certo que esta Corte de Justiça possui orientação consolidada acerca do direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, o qual, no curso do processo, vem a óbito. Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após seu falecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes. De um lado, há entendimento no sentido de que "na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam" (REsp 302.029/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º.10.2001); de outro, no sentido de que "os pais - na condição de herdeiros da vítima já falecida - estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos (...)". Isso, porque "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183)" (REsp 324.886/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001). 4. Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, caput e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível. 5. José de Aguiar Dias leciona que não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de reparação de danos, porquanto "a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima" (Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 854). 6. Como bem salientou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do

REsp 11.735/PR (2ª Turma, DJ de 13.12.1993), "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima". 7. "O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que componha o patrimônio transmissível do de cujus. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no *Recueil Critique Dalloz*, 1943, pág. 46, esclarece: 'O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores'. (PORTO, Mário Moacyr, in *Revista dos Tribunais*, Volume 661, pp. 7/10). 8. O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial - no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização? (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 85/88). 9. Ressalte-se, por oportuno, que, conforme explicitado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, "o finado era solteiro e não deixou filhos, fato incontroverso comprovado pelo documento de fl. 14 (certidão de óbito), sendo os autores seus únicos herdeiros, legitimados, pois, a propor a demanda" (fl. 154). Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal. 10. Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se causa mortis, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um "bem" capaz de integrar o patrimônio do de cujus. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação

daí decorrente. Entende-se, assim, pela legitimidade ativa ad causam dos pais do ofendido, já falecido, para propor ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensa moral por ele suportada. 11. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido, mas desprovido.

(REsp 978.651/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 26/03/2009)

Indisponibilidade: Em se tratando de um núcleo de direitos protetivos à dignidade do indivíduo, além de ser vedada a transmissão, não poderão estes direitos serem objeto de disposição ou renúncia.

Ainda que o art. 11, CC disponha que os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária no seu exercício, para a doutrina, **nada impede que o indivíduo, em ato de manifestação de vontade, limite o exercício de certos direitos da personalidade.**

Exemplo: A participação em reality shows pressupõe que o indivíduo assine termo de cessão, ainda que temporária, do uso de sua imagem, ao mesmo tempo que abdica temporariamente de sua privacidade. Neste caso não há a renúncia aos direitos da personalidade, dada sua natureza irrenunciável, contudo, se observa, na prática, uma limitação voluntária dos limites protetivos a seus direitos.

Desta forma, entende-se que a cessão de direitos da personalidade deve observar alguns requisitos:

- Deve ser temporária e esporádica; (não pode ser permanente)
- Tem de ser específica; (tem que ser de um direito determinado)
- Não pode afrontar a dignidade do indivíduo.

Sobre este último requisito, importa ressaltar que foi uma **construção doutrinária**, que pode ser exemplificado a partir da exploração voluntária de uma característica incomum do indivíduo.

Exemplo: Nos Estados Unidos (séculos XIX e início do XX) era comum os *Freak Shows*, onde pessoas com características peculiares, muitas vezes deficiências ou deformidades corporais, eram expostas ao público e tratadas como animais de circo. Além das mudanças sociais, o ordenamento jurídico brasileiro não permitiria tal tipo de exposição no Brasil do século XXI, uma vez que, embora tenha havido uma limitação voluntária, temporária, de um determinado direito da personalidade, trata-se de exposição degradante e violadora da dignidade do indivíduo.

Deste modo, foi formulado o Enunciado 04 do CJF:

Enunciado 04, CJF: "Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral."

Inexpropriabilidade / Impenhorabilidade: Por serem altamente protegidos e não possuírem valor econômico, não são passíveis de expropriação / penhora pelo (ou a mando) do Estado.

Direitos da personalidade em espécie

Como vimos, os direitos da personalidade não possuem taxatividade fechada, contudo, para fins de estudo direcionado para concurso, vamos dividi-los em 5 (cinco), a divisão que se aduz do capítulo dos direitos da personalidade no CC.

- Direito à integridade física;
- Direito ao nome;
- Direito à honra / imagem;
- Direito à privacidade

Direito à integridade física

Entende-se como direito à integridade física a **proteção jurídica do corpo humano**, ou seja, a incolumidade corporal, está disposto entre os artigos 13 e 15 do Código Civil.

Para os estudos deste direito, é necessário que façamos uma divisão das três frentes de apresentação no ordenamento: a) tutela do corpo vivo; b) tutela do corpo morto; e c) autodeterminação do paciente.

Como veremos de forma detalhada, trata-se de direito relativamente disponível.

a) Tutela do corpo vivo:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Esta face do direito à integridade física se caracteriza pela necessidade e intenção de proteção em face de ato que diminua a integridade física do indivíduo, ato esse perpetrado por terceiro ou por ele próprio.

Cabe aqui apresentar uma crítica feita por parte da doutrina à parte final do *caput* do artigo, uma vez que a expressão “bons costumes” se reveste de subjetivismo e pode ser empregada de maneira a perpetuar preconceitos contra determinados grupos socialmente marginalizados. Outrora, poderia um juiz, baseado em suas convicções pessoais, proibir uma cirurgia de readequação sexual (que veremos mais à frente), por se tratar de procedimento que viola os

bons costumes, cabe ressaltar que hoje tal entendimento não prosperaria, sendo a cirurgia oferecida inclusive pelo SUS.

Desta forma, entende-se “bons costumes” como tudo aquilo que não invada, objetivamente, a liberdade, igualdade ou direitos fundamentais de terceiros.

A interpretação deste artigo deve ser feita com cautela, não se podendo ater à literalidade do texto, uma vez que diversas práticas cotidianas seriam violadoras à norma, se lida sob uma perspectiva estritamente positivista, vamos ver a seguir alguns debates sobre a necessidade de uma leitura ponderada deste dispositivo:

Cirurgia plástica

O primeiro ponto de crítica que a doutrina faz, quanto ao núcleo do dispositivo em si, é sobre a indicação de que a disposição do próprio corpo apenas seria possível e justificável nos casos em que há **exigência médica**, que, na forma trazida pelo Código, pressupõe necessidade de intervenção por razões de saúde.

Desta forma, sob uma perspectiva puramente voltada ao texto legal, a cirurgia plástica, realizada com fins estéticos, estaria em desacordo com a legislação, tendo em vista que a opção do paciente em realizar um procedimento invasivo que lhe modificasse o corpo seria ilegal, sob o ponto de vista legal.

Não seria o caso de se discutir a responsabilidade pelo erro médico em si, mas sim do consentimento e conivência do profissional em realizar um procedimento “desnecessário”.

Deste modo, se mostra muito desconexo da realidade este dispositivo, se lido da maneira puramente gramatical, uma vez que o Brasil é o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo, e que são totalmente legais.

Transplante entre vivos

O parágrafo único do art. 13 dispõe sobre a possibilidade de transplante entre vivos, na forma de lei especial, trata-se da Lei nº 9.434/97.

Nesses casos é preciso que se tenha em mente que será permitida a disposição parcial do corpo para fins de transplante ou tratamento, devendo ser observados alguns requisitos para tal:

- O doador deve ser pessoa maior e capaz;
- O ato deverá ser gratuito;
- O ato não pode causar risco de morte ou danos graves ao doador.

Acerca deste último item, a doação *inter vivos* apenas será possível em se tratando de partes renováveis (sangue, medula, fígado) ou órgãos duplos (rins).

Nesses casos de transplante, o **doador poderá escolher o beneficiário de seu órgão**, que, em princípio, deverá ser alguém da família. Em casos excepcionais e justificáveis será possível que outra pessoa receba. Importa elucidar que a mesma disposição não se aplica à doação de sangue ou medula que, via de regra, será destinada a alguém compatível e que precise da doação.

Cirurgia de readequação sexual

A cirurgia de redesignação sexual (popularmente conhecida como mudança de sexo) implica em uma mudança permanente no corpo do indivíduo, podendo, a depender da interpretação feita, ser contrária às disposições do artigo 13.

Contudo, o procedimento obedece a critérios rígidos para que ocorra, sendo estes trazidos pela resolução nº 2.265 de 2019 do CFM, sendo determinado que para que seja autorizado o procedimento cirúrgico é necessário acompanhamento por, no mínimo, 1 (um) ano por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

Resolução CFM 2.265/2019

Art. 11. Na atenção médica especializada ao transgênero é vedada a realização de procedimentos cirúrgicos de afirmação de gênero antes dos 18 (dezoito) anos de idade.

§ 1º Os procedimentos cirúrgicos de que trata esta Resolução só poderão ser realizados após acompanhamento prévio mínimo de 1 (um) ano por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

O procedimento cirúrgico **independe de autorização judicial**, desta forma, se formulou o Enunciado 276 do CJF:

Enunciado 276, CJF: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.”

A realização do procedimento era requisito para a mudança de nome e gênero no registro civil da pessoa (STJ, REsp 1.008.398), que alterou posteriormente seu entendimento pela possibilidade de alteração independente da cirurgia.

Contudo, o STF, em 2018, por meio da ADI 4275, finalizou qualquer discussão ao reconhecer que não há que se falar em compulsoriedade da cirurgia para a mudança dos registros (nome e gênero). Esta decisão se deu a partir da interpretação do art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) conforme a Constituição e ao Pacto de San Jose da Costa Rica, se reconhecendo que as pessoas transgêneras, que assim desejarem, podem alterar gênero e nome diretamente nos cartórios, independentemente de cirurgia prévia ou de tratamento hormonal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

(ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019)

b) Tutela do corpo morto:

Naquilo que diz respeito à tutela sobre o corpo morto, o Código Civil determina ser admitida a disposição do próprio corpo (no todo ou em parte) quando se tratar de **fins científicos ou altruísticos**, se tratando de ato necessariamente gratuito e revogável a qualquer tempo.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Desta forma, precisamos nos atentar em relação a algumas particularidades em se tratando da doação de órgãos de doador morto.

Transplante *post mortem*

É entendimento do STJ que não há necessidade de formalismo específico da manifestação de última vontade, sendo seu desejo manifesto sobreposto à vontade de seus familiares.

Atenção! Nos casos onde não há manifestação de vontade em vida, prevalecerá aquilo que a família decidir.

Diferentemente do transplante em vida, nos casos de doador morto, veda-se a escolha do beneficiário, existindo uma fila de espera nacional, de forma a garantir igualdade no acesso à órgãos para aqueles que necessitam de transplante.

Objetivos altruísticos e científicos

Ainda no campo protetivo do artigo 14, podemos vislumbrar possibilidades como decorrentes da disposição altruística ou com fins científicos.

i) Disposição para fins altruísticos:

Aqui, um exemplo que podemos trazer é a possibilidade de que a pessoa disponha do próprio corpo (no todo ou em parte) para que seja objeto de estudo em uma universidade, doando seu corpo para laboratório das áreas da saúde, trata-se de disposição altruística do corpo.

ii) Disposição com objetivo científico:

Neste caso, temos como finalidade um objetivo correlacionado com questões ligadas à ciência, neste sentido, é livre que a pessoa destine seu corpo a estudos ou procedimentos científicos.

Em ambos os casos, é importante ter-se em mente que **a manifestação de vontade do *de cuius* é o objeto a se observar** quando da destinação do corpo, nesse sentido, julgou o STJ pela possibilidade de submeter um corpo ao procedimento de criogenia, dado que esta era sua vontade e suas filhas divergiam sobre a questão:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. 1. DISCUSSÃO TRAVADA ENTRE IRMÃS PATERNAS ACERCA DA DESTINAÇÃO DO CORPO DO GENITOR. ENQUANTO A RECORRENTE AFIRMA QUE O DESEJO DE SEU PAI, MANIFESTADO EM VIDA, ERA O DE SER CRIOPRESERVADO, AS RECORRIDAS SUSTENTAM QUE ELE DEVE SER SEPULTADO NA FORMA TRADICIONAL (ENTERRO). 2. CRIOGENIA. TÉCNICA DE CONGELAMENTO DO CORPO HUMANO MORTO, COM O INTUITO DE REANIMAÇÃO FUTURA. 3. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SOBRE O PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA. LACUNA NORMATIVA. NECESSIDADE DE

INTEGRAÇÃO DA NORMA POR MEIO DA ANALOGIA (LINDB, ART. 4º). ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO QUE, ALÉM DE PROTEGER AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE DO INDIVÍDUO, COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO CADÁVER, CONTEMPLA DIVERSAS NORMAS LEGAIS QUE TRATAM DE FORMAS DISTINTAS DE DESTINAÇÃO DO CORPO HUMANO EM RELAÇÃO À TRADICIONAL REGRA DO SEPULTAMENTO. NORMAS CORRELATAS QUE NÃO EXIGEM FORMA ESPECÍFICA PARA VIABILIZAR A DESTINAÇÃO DO CORPO HUMANO APÓS A MORTE, BASTANDO A ANTERIOR MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO INDIVÍDUO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA VONTADE POR QUALQUER MEIO DE PROVA IDÔNEO. LEGITIMIDADE DOS FAMILIARES MAIS PRÓXIMOS A ATUAREM NOS CASOS ENVOLVENDO A TUTELA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO POST MORTEM. 4. CASO CONCRETO: RECORRENTE QUE CONVIVEU E COABITOU COM SEU GENITOR POR MAIS DE 30 (TRINTA) ANOS, SENDO A MAIOR PARTE DO TEMPO EM CIDADE BEM DISTANTE DA QUE RESIDEM SUAS IRMÃS (RECORRIDAS), ALÉM DE POSSUIR PROCURAÇÃO PÚBLICA LAVRADA POR SEU PAI, OUTORGANDO-LHE AMPLOS, GERAIS E IRRESTRITOS PODERES. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE PERMITEM CONCLUIR QUE A SUA MANIFESTAÇÃO É A QUE MELHOR TRADUZ A REAL VONTADE DO DE CUJUS. 5. CORPO DO GENITOR DAS PARTES QUE JÁ SE ENCONTRA SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA HÁ QUASE 7 (SETE) ANOS. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA NO TEMPO. POSTULADO DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. 6. RECURSO PROVIDO. 1. A controvérsia instaurada neste feito diz respeito à destinação do corpo de Luiz Felipe Dias Andrade Monteiro, pai das litigantes. Enquanto a recorrente busca mantê-lo submetido ao procedimento de criogenia nos Estados Unidos da América, sustentando ser esse o desejo manifestado em vida por seu pai, as recorridas pretendem promover o sepultamento na forma tradicional (enterro). 2. A criogenia ou criopreservação é a técnica de congelamento do corpo humano morto, em baixíssima temperatura, com o intuito de reanimação futura da pessoa, caso sobrevenha alguma importante descoberta médica ou científica capaz de ressuscitar o indivíduo. 3. O procedimento da criogenia em seres humanos não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Nesses casos, para preencher a lacuna normativa sobre a matéria, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB enumera as técnicas de integração da norma jurídica, estabelecendo que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". 3.1 Na hipótese, deve-se aplicar a analogia jurídica (iuris), pois o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento, dentre as quais podemos citar o art. 77, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que disciplina a possibilidade de cremação do cadáver; a Lei n. 9.434/1997,

que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; o art. 14 do Código Civil, que possibilita a destinação do corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, dentre outras. 3.2. Da análise das regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico, considerando a necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, verifica-se que não há exigência de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo, sendo perfeitamente possível, portanto, aferir essa vontade, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos, observando-se sempre as peculiaridades fáticas de cada caso. 3.3. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, em casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo post mortem, legitima os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo de cujus. São exemplos dessa legitimação as normas insertas nos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, que tratam especificamente sobre direitos da personalidade, bem como no art. 4º da Lei n. 9.434/1997, que diz respeito à legitimidade dos familiares em relação à autorização para a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante, dentre outras. 3.4. Nessa linha de entendimento, extraído-se os elementos necessários à integração da lacuna normativa pela analogia, é de se concluir que, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida no sentido de ser submetido à criogenia após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela manifestada por seus familiares mais próximos. 4. Na hipótese dos autos, não obstante as partes litigantes - recorrente e recorridas - tenham o mesmo grau de parentesco com o falecido, pois todas são descendentes de 1º grau (filhas), é razoável concluir que a manifestação da filha Lígia Monteiro, ora recorrente, é a que traduz a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, visto que, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida. 4.1. Com efeito, revela-se incontroverso nos autos que a recorrente conviveu e coabitou com seu pai por mais de 30 (trinta) anos, após ele ter se divorciado da mãe das recorridas, sendo a maior parte desse tempo - mais de 20 (vinte) anos - em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas). 4.2. Também é fato incontroverso que Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro lavrou procuração pública em favor de sua filha Lígia (recorrente), com quem residia, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes, o que indica a confiança irrestrita inerente a uma convivência duradoura entre pai e filha. 4.3. Por outro lado, as autoras da ação (recorridas) não se desincumbiram de refutar, de forma concreta, o fato de que sua irmã Lígia, por ter convivido com o genitor delas por mais de 30 (trinta) anos, teria melhores condições de traduzir sua vontade, sobretudo porque a causa de pedir está totalmente fundada no desejo delas próprias de realizar o sepultamento de seu pai em território nacional, e não na aferição da manifestação de última vontade dele. 5. Vale destacar que o corpo do genitor das litigantes já se encontra submetido ao procedimento de criogenia, no Cryonics

Institute, localizado na cidade de Michigan (EUA), desde julho de 2012, isto é, há quase 7 (sete) anos. 5.1. Tal fato deve ser levado em consideração na análise do presente caso, visto que, embora legítimo o interesse das recorridas em tentar sepultar o pai em território nacional, não se pode ignorar que a situação jurídica, de certa forma, já se consolidou no tempo. De fato, negar provimento ao presente recurso especial para que o corpo seja repatriado e, posteriormente, sepultado e enterrado no Rio de Janeiro/RJ, cidade na qual as recorridas nem sequer residem, não se mostra razoável, pois, além de restabelecer o difícil sentimento de perda e sofrimento já experimentado quando do falecimento, essa situação, certamente, não teria o condão de assegurar a pacificação social almejada pelo direito. 5.2. A solução da controvérsia perpassa pela observância ao postulado da razoabilidade, porquanto, a par do reconhecimento de que o de cujus realmente desejava ser submetido ao procedimento da criogenia após a morte, não se pode ignorar, diante da singularidade da questão discutida, que a situação fático-jurídica já se consolidou no tempo, impondo-se, dessa forma, a preservação do corpo do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto. 6. Recurso especial provido.

(REsp 1693718/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 04/04/2019)

Deste julgamento pode-se extrair o entendimento da desnecessidade de formalidade específica da manifestação de vontade, já mencionado acima.

c) autodeterminação do paciente:

Naquilo que diz respeito à autodeterminação do paciente (ou livre consentimento informado), o Código Civil determina que **ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que importe em risco de vida.**

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Desta forma, houve uma mudança paradigmática em relação à autonomia do paciente, uma vez que antigamente vigia o princípio da beneficência, isto é, a escolha cabia ao médico, independentemente da vontade do paciente.

Sobre este ponto, destacamos o conceito de testamento biológico (ou testamento vital), isto é, a manifestação do indivíduo em relação à realização, ou não, de procedimento médico ou intervenção cirúrgica, de modo a impedir que outros escolham por ele em casos de perda da capacidade de manifestação da vontade.

Neste sentido, o STJ firmou entendimento no sentido de que é cabível indenização em face do médico nos casos onde não é oportunizado ao paciente a ponderação de riscos e decisão sobre os procedimentos a serem empregados.

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. 3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. 4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado. 6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente. 7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser

exigidos. 8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes. 9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º). 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.

(REsp 1540580/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018)

Recusa à transfusão de sangue

A principal questão trazida, em relação à autonomia do paciente, é a recusa feita à transfusão de sangue por adeptos da religião conhecida como Testemunhas de Jeová, trata-se de um conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida, ambos constitucionalmente protegidos e hierarquicamente equivalentes.

Sobre este ponto é muito importante fazer uma diferenciação situacional, isto é, dependerá profundamente das características essenciais do caso concreto, sendo de entendimento majoritário tanto em doutrina quanto dos Tribunais que se faz necessária a observação de alguns pressupostos concretos para a análise:

a) A capacidade da pessoa:

Acerca da capacidade do paciente, deve-se pensar tanto na incapacidade do artigo 3º do Código Civil, quanto na incapacidade de manifestação de vontade, desta forma, **se o paciente for menor, ou se maior, e estiver inapto a manifestar sua vontade e esteja diante de uma emergência médica** (iminente perigo de morte), **a transfusão será realizada**, independentemente do consentimento ou autorização de familiares.

Em se tratando de criança ou adolescente, o STJ entendeu (sob o campo do direito penal), que a conduta dos pais que recusam o tratamento em nome do filho é atípica, porém que devem os médicos desconsiderar a manifestação deles, procedendo ao tratamento necessário (STJ, HC 268.459, DJe 28/10/2014).

b) Emergência médica:

Em se tratando, contudo, de pessoa maior e capaz, e não havendo emergência médica, o caso se torna mais complexo, uma vez que doutrina e jurisprudência parecem divergir, uma vez que a aparente tendência dos Tribunais é de preservação da vida do paciente, enquanto a doutrina se mantém mais alinhada à autonomia do paciente.

Sobre o tema, cabe destacar dois Enunciados do CJF:

O Enunciado 403 trata diretamente sobre a questão de paciente que nega tratamento médico, determinando os critérios trazidos acima como preponderantes quando do caso concreto:

Enunciado 403, CJF: O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.

O Enunciado 138 do CJF, por sua vez, é importante por dispor acerca da importância dada à manifestação de vontade do absolutamente incapaz (menor de 16 anos), impondo que se deve observá-la, tendo em consideração a necessidade de discernimento por parte do menor:

Enunciado 138, CJF: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

Vacinação compulsória

Como vimos em rodada de Direito Constitucional, em dezembro de 2020 o Plenário do STF decidiu que o Estado pode determinar a **compulsoriedade da vacinação contra a Covid-19**, prevista na Lei 13.979/2020. De acordo com esta decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas de direitos previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), contudo não se pode fazer a imunização à força.

Neste sentido, a ADI 6586 não afronta a autonomia ou o consentimento, por não impor de maneira forçosa a imunização, mas tão somente permitir que sejam aplicadas consequências jurídicas àqueles que não se vacinam e, conseqüentemente, coloquem em risco a saúde pública.

Firmou-se neste sentido a seguinte tese:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente.

7.4 - Princípios contratuais

1 Introdução

Os princípios constitucionais orientam a aplicação das normas da Constituição Federal e são essenciais aos cidadãos, pois visam alcançar o fim pretendido pela norma da maneira mais ampla possível.

Pela teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais podem e devem ser aplicados nas relações privadas, visando assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes.

O Direito Contratual é regido por seis princípios: três princípios clássicos e três princípios modernos. Dentre os princípios clássicos, encontram-se os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos. Dentre os princípios modernos, encontram-se os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos.

2 Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade encontra seu fundamento na ampla liberdade contratual, que decorre do direito de liberdade previsto na Constituição Federal.

Segundo Orlando Gomes, a liberdade de contratar se manifesta em um tríplice aspecto³¹:

³¹ GOMES, Orlando. Contratos. 27a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 20.

(a) liberdade de contratar propriamente dita, que abrange os poderes que as partes têm de autorregular seus interesses.

Por este aspecto, as partes contratantes têm o poder de provocar a produção de efeitos jurídicos, sem que a lei imponha seus preceitos. Deste modo, prevalece a vontade dos contratantes; a lei será aplicada de maneira supletiva ou subsidiária, em caso de silêncio ou carência das vontades das partes.



As partes são livres para determinar o conteúdo do contrato, podendo regular seus interesses de maneira diversa ou até oposta àquela prevista na lei. Entretanto, esta liberdade não é ilimitada, encontrando limites na ordem pública e nos bons costumes.

Os contratos contrários à ordem pública e aos bons costumes são nulos. Ao reconhecer sua invalidade, o ordenamento jurídico limita a liberdade de contratar, o que leva à conclusão de que toda declaração de vontade é capaz de produzir o efeito jurídico desejado, desde que seja lícita sua causa.

As restrições à liberdade de contratar, em seus três aspectos, têm aumentado consideravelmente. A faculdade de contratar e não contratar, atualmente, é relativa, pois a vida em sociedade obriga os indivíduos a realizar contratos de toda espécie, muitas vezes, sem opção de escolha. Por exemplo, o licenciamento de um veículo é condicionado à contratação de um seguro obrigatório³².

A liberdade de escolha do outro contraente também sofre restrições, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor.

(b) liberdade de estipular o contrato, que abrange o poder de livre discussão das cláusulas contratuais.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 42.

O poder de estabelecer o conteúdo do contrato é limitado pelas cláusulas gerais dos contratos, principalmente aquelas que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, pelas exigências e supremacia da ordem pública.

(c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato, que abrange a escolha do tipo de contrato mais conveniente à atuação da vontade.

As partes têm o poder de escolher livremente o tipo de contrato que irá regular seus interesses, estejam eles tipificados na lei ou não, como determina o art. 425 do Código Civil:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

3 Princípio do consensualismo

Esse princípio parte da ideia de que o contrato se perfaz com o simples consenso entre as partes, não se exigindo, em regra, forma especial.

Apesar de o consenso dar origem ao contrato, nem todos os contratos são consensuais. Alguns deles dependem da realização de solenidades previstas na lei (contratos solenes) ou do cumprimento de determinadas exigências (contratos reais) para serem considerados válidos.

Tendo em vista que a liberdade de contratar decorre do princípio da liberdade, a lei deve se abster de estabelecer solenidades para a formação do contrato, exceto naqueles casos em que é necessário certo formalismo para garantir as partes contratantes. Neste sentido, estabelece o art. 107 do Código Civil:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

4 Princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)

Este princípio tem duplo aspecto: pelo primeiro, impõe que as cláusulas contratuais têm força obrigatória para os contratantes, devendo ser cumpridas tal como foram celebradas. Pelo segundo, impõe a intangibilidade, isto é, que a palavra empenhada pelas partes é irreversível.

O *pacta sunt servanda* era a regra máxima do Direito Romano, que determinava que deveriam prevalecer as cláusulas contratuais estipuladas no contrato. Não havia a possibilidade de revisão ou extinção do contrato, sem justificativa plausível, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.

Hoje, o contrato representa o interesse coletivo, portanto, não é mais possível que ele seja algo estanque, que não admite modificações. Nesse contexto, o princípio da força obrigatória dos contratos continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas como uma exceção ao princípio da intangibilidade, sendo aceita, de maneira excepcional, a intervenção judicial em certos contratos, para corrigir desequilíbrios entre as partes.



Como exceção à regra do *pacta sunt servanda*, a doutrina resgatou do Direito Canônico a expressão *rebus sic stantibus*, que impõe que as regras contratuais devam continuar a valer, desde que as condições de fato existentes no momento da assinatura do contrato continuem as mesmas.

Ocorrendo um fato imprevisto durante a execução do contrato, que as partes não esperavam que pudesse ocorrer quando assinaram o contrato, tornando difícil para uma das partes cumprir a obrigação, aplica-se a cláusula *rebus sic stantibus* para restabelecer o equilíbrio contratual entre as partes.

4.1 Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão parte do princípio de que a alteração das circunstâncias de fato existentes no momento da assinatura do contrato seja de tal ordem que cause onerosidade excessiva a uma das partes. A modificação na prestação deve ser tão gravosa, que o contratante não conseguiria cumpri-la sem se sacrificar economicamente.

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da alea que

todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações³³.

O Código Civil dispõe, em três artigos, sobre a possibilidade de **resolução** dos contratos por onerosidade excessiva, como seguem:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

O art. 317 do Código Civil prevê, ainda, a possibilidade da parte pleitear a **revisão** do contrato:

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.

Com base nas cláusulas gerais, sempre será possível requerer a revisão judicial dos contratos quando um fato superveniente desvirtuar sua finalidade social, violar a boa-fé e significar o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra³⁴ (GONÇALVES, 2019, p. 52).

³³ GOMES, Orlando. Contratos. 27a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 52.

Neste sentido, a parte poderá requerer a revisão judicial do contrato naqueles casos em que ainda for possível manter o vínculo contratual, apenas modificando-se a prestação (arts. 317 e 479, CC), ou poderá requerer a resolução do contrato (arts. 317 e 478, CC) com base nas cláusulas gerais do fim social do contrato (art. 421,CC), da boa-fé (art. 422, CC) e do enriquecimento injusto (art. 884, CC).

Por fim, deve-se ressaltar que os riscos normais do contrato excluem a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, como já decidiu o STJ (REsp 1689225 / SP).

5 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé contratual está previsto no art. 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Por este princípio, as partes contratantes devem agir honestamente durante toda a relação contratual, isto é, desde as negociações preliminares, passando pela assinatura do contrato, e durante a execução contratual.

Modernamente, a doutrina distingue entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira está ligada a uma concepção psicológica da boa-fé, no sentido de que a parte acredita estar agindo de acordo com o direito, mas a realidade é outra. A boa-fé objetiva se refere a uma regra de conduta, a um modelo de comportamento que se espera do sujeito perante a sociedade.

Os arts. 113 e 187 do Código Civil também trata da cláusula geral da boa-fé:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, o juiz irá apreciar conduta adotada pela parte contratante à luz do princípio da boa-fé e dos elementos que o compõem (ética, probidade, lealdade, confiança), levando em consideração ainda os usos e costumes do lugar da celebração do contrato. Se entender que o comportamento adotado pela parte contratante violou o princípio da boa-fé, a conduta é ilícita.

6 Princípio do equilíbrio econômico

Este princípio também é chamado de *sinagma* e está previsto no Código Civil como fundamento de duas figuras jurídicas: a lesão e a revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva, a qual já estudamos.

A lesão está prevista no art. 157 do Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Esse princípio funciona como limite à força obrigatória dos contratos, admitindo a intervenção judicial para restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes contratantes, com o objetivo de atingir a igualdade de condições para a celebração do negócio jurídico.

7 Princípio da função social dos contratos

O princípio da função social dos contratos está previsto no art. 421 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)³⁵. Assim, as partes contratantes devem se cercar de todos os cuidados possíveis para evitar que a celebração do negócio jurídico prejudique injustamente os direitos de terceiros alheios ao contrato.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31.

O parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil também reflete o princípio da função social dos contratos ao dispor que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Efetivamente, a liberdade de contratar está subordinada à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com sua função social, como determina a Constituição Federal, e se viabiliza por meio dos contratos, é por isso que o Código Civil estabelece que a liberdade de contratar não pode se afastar daquela função³⁶.

7.5 - Prescrição e Decadência

Como forma de garantir que o exercício de um determinado direito não fique pendente indefinidamente no tempo, o Direito Civil brasileiro, nos artigos 189 a 211, traz os institutos da **prescrição e da decadência** como forma de limitar a prerrogativa do titular do direito em questão fazer cumpri-lo, lastreando a possibilidade de emprego das medidas cabíveis ao decurso de um determinado lapso temporal, maior ou menor.

A finalidade dos institutos é promover a pacificação das relações sociais e a estabilização das relações jurídicas cujo direito não foi exercido.

A divisão real entre prescrição e decadência (uma novidade do CC/2002) tem como ponto de partida a teoria desenvolvida pelo professor Agnelo Amorim Filho, onde se diferencia os fenômenos jurídicos a partir de sua causa, e não de sua consequência. Neste sentido, Amorim Filho classifica os **direitos subjetivos em prestacionais e potestativos**, sendo prescrição e decadência ligadas a um ou a outro respectivamente.

Prescrição

A prescrição pode ser compreendida como a **perda do exercício da pretensão** pelo fato de o seu titular não a ter exercido, necessariamente, dentro de um prazo fixado legalmente.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 25.

A pretensão deve ser entendida como o **poder outorgado ao credor, por lei, para exigir em juízo o cumprimento da prestação que lhe é devida**. A pretensão deverá ser exercida dentro de um **prazo fixado em lei**, como forma de promoção da segurança jurídica das relações solidificadas pelo decurso do tempo. Desta forma, se a pretensão não for exercida, necessariamente, no prazo determinado legalmente, ela ficará sujeita a prescrição.



A pretensão tem como atributo principal a coercibilidade do Estado para concretizá-la. Desta forma, uma vez configurada a prescrição, há a neutralização dos efeitos da coercibilidade, sendo impossível que o credor se valha dos meios de coercitivos ou expropriatórios, de titularidade do Estado, para forçar o cumprimento da obrigação inadimplida. Conclui-se, portanto, que a prescrição não atinge propriamente a pretensão, mas sim a sua eficácia coercitiva.

A prescrição é trazida ao ordenamento pelo artigo 189, CC, que define sua ação sobre a pretensão do credor:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Prescrição e o direito subjetivo

A partir do entendimento no sentido de que a prescrição atinge a pretensão, (o poder de exigir o cumprimento da prestação em juízo), constatamos que o credor, **mesmo após a prescrição, continua na titularidade do direito de crédito**. O credor permanecerá titular do direito de crédito até que a dívida seja adimplida, ainda que ele não possa mais cobrá-la em juízo.

Desta forma não é incorreto afirmar que **o devedor poderá, eventualmente, pagar uma dívida prescrita**, e tal pagamento será plenamente válido, não configurando-se hipótese de restituição, ou repetição. Neste caso incide o disposto no artigo 882, CC:

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Prescrição e direito subjetivo de ação

Como já dito acima, a prescrição atinge a pretensão, que é um instituto de natureza material, não afetando, portanto, o direito de ação do indivíduo. Dessarte, **querendo, poderá a pessoa ingressar com ação fundada em pretensão prescrita**.

Contudo, da mesma forma que é possível a propositura de ação fundada em pretensão prescrita, ao Judiciário é autorizado reconhecer a ocorrência da prescrição, colocando fim ao processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso II do CPC.

Se a prescrição atingisse o direito de ação, o CPC não autorizaria o Poder Judiciário a responder ao exercício da pretensão prescrita com uma sentença de mérito.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Renúncia

A renúncia é um ato de natureza unilateral pelo qual o beneficiário abre mão daquilo que lhe é vantajoso. No caso da prescrição, **o devedor é quem pode renunciar**, tendo em vista que o transcurso do tempo que alcança a pretensão do credor é vantajoso a ele.

A renúncia à prescrição poderá se dar de duas formas:

Expressa: o devedor se manifesta expressamente a respeito da renúncia;

Tácita: quando o devedor pratica ato incompatível com a prescrição; o principal exemplo é o pagamento de uma dívida cuja pretensão já prescreveu.

O Código Civil estabelece que o ato de renúncia exigirá, necessariamente a observação de **dois requisitos**:

- i) a **prescrição deverá estar consumada**; e
- ii) o ato de renúncia **não pode prejudicar terceiros**.

As formas de renúncia, bem como seus tipos e requisitos são trazidos por força do artigo 191, CC:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Os prazos prescricionais são fixados por Lei

Como já dito anteriormente, **não existe prazo prescricional previsto em acordo de vontades**, ou seja, não é possível que se convençione prazo prescricional a partir de negócio jurídico.

Art. 192: Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

O artigo 205 estabelece prazo geral de 10 anos para o exercício de qualquer pretensão que não goze de prazo especial previsto no artigo 206.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

O artigo 206, por sua vez, traz os prazos especiais que variam de 1 (um) a 5 (cinco) anos:

Art. 206. Prescreve:

§1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

NOVIDADE!



Atenção! A MP n.º 1.040/2021 incluiu no Código Civil o artigo 206-A, que determina que **o prazo de prescrição intercorrente será o mesmo de prescrição da pretensão**. Esta MP foi aprovada pela Câmara em 24 de junho, e foi enviada ao Senado.

Prescrição arguida de ofício pelo juiz.

A lei estabelece a possibilidade de a prescrição ser reconhecida de ofício pelo juiz, configurando-se, portanto, uma dupla natureza do instituto, uma vez que carrega traços de direito privado e de direito público.

Até 2006 não era possível que houvesse o reconhecimento de ofício da prescrição, contudo, após a **revogação do artigo 194, CC**, abriu-se esta possibilidade.

Enunciado n.º 295, CJF: A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto

PRESTE MAIS ATENÇÃO!



codificado.

Atenção! Dentro de uma relação jurídica processual todas as matérias de defesa devem ser amplamente debatidas pelas partes, de modo que quando sobrevier a decisão judicial nenhuma das partes seja surpreendida pelo conteúdo do ato decisório.

Em matéria de prescrição isto quer dizer que, **ainda que o juiz possa conhecer a prescrição de ofício, ele deve permitir a manifestação das partes nos autos para tratar do assunto** antes de se

pronunciar. Por se tratar de questão processual (contraditório), esta disposição encontra fundamento no CPC:

Art. 487 [...]

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do §1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Morte e o prazo prescricional

O artigo 196 determina que **a prescrição iniciada contra uma pessoa, o credor, continua a correr contra seus sucessores:**

Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.

Causas Impeditivas, suspensivas e interruptivas do prazo prescricional.

Os prazos de natureza prescricional podem ser paralisados por **causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas**, sendo todas previstas no texto do Código Civil. As causas de impedimento e suspensão dos prazos prescricionais são as mesmas, e estão todas elencadas nos artigos 197 a 199.

Art. 197, CC: Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

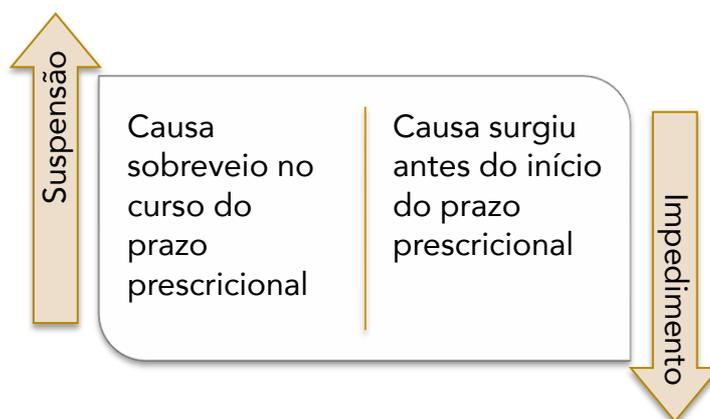
III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.



O que diferencia as causas é o **momento em que elas incidem**:



O artigo 198 é muito cobrado em provas objetivas, e deve-se lembrar acerca de seu inciso I (incapazes do artigo 3º) que hoje **os únicos absolutamente incapazes, nos termos do CC, são os menores de 16 anos.**

Não corre prescrição contra os absolutamente incapazes como forma de protegê-los, tendo em vista que trata-se de presunção de vulnerabilidade, e, por conseguinte, necessidade de proteção especial.

A disposição do inciso II compreende que quem esteja a serviço do Brasil no exterior está **servindo a coletividade** e, na maioria das vezes, **impossibilitado de exercer sua pretensão**.

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

Quem está servindo as forças armadas em tempo de guerra, encontra a mesma proteção daqueles do inciso II, pelas mesmas razões, isto é, também está **impedido de exercer sua pretensão**.

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Na suspensão, o prazo volta a correr exatamente de onde parou, enquanto **na interrupção, o prazo prescricional volta a correr desde o início.**

Desta forma, a interrupção devolve o prazo integral ao credor, e então nada mais razoável do que se estabelecer que a interrupção possa acontecer uma única vez, evitando-se uma pretensão indefinida no tempo, quase que imprescritível.

Diferentemente das causas suspensivas e impeditivas, **todas as causas interruptivas são causas jurídicas**, isto é, não se dão em razão de uma condição especial de determinadas pessoas, podendo ser **judiciais ou extrajudiciais**.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual (**judicial**);

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente (**judicial**);

III - por protesto cambial (**extrajudicial**);

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (**judicial**);

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (**judicial**);

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (**judicial ou extrajudicial**).

Parágrafo único: A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.



Se a causa jurídica for judicial, o prazo volta correr do trânsito em julgado. Se for extrajudicial, a volta a correr da data do ato que a interrompeu.

Solidariedade entre os credores

A suspensão só beneficiará o credor solidário que tem direito a ela, por se tratar de ato de natureza subjetiva, ou seja, ainda que existam vários credores solidários, a suspensão favorecerá apenas o credor que for atingido por uma das causas previstas no Código.

Só haverá suspensão para todos os credores solidários nos casos onde a obrigação for indivisível, uma vez que, neste caso, cada credor só pode exigir o todo.

Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.

Na causa interruptiva, há que se observar os motivos pelos quais a interrupção para um credor solidário, beneficiará todos, em não se tratando de atos de natureza pessoal, mas sim jurídica.

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

Decadência

A decadência pode ser conceituada como a **perda do direito potestativo** pelo não exercício no prazo determinado em lei ou pelo negócio jurídico firmado.

Assim como na prescrição, a decadência exige como requisito a **inércia no exercício do direito** e o **decorso do tempo**. Na decadência, ocorre que a inércia se refere a um direito potestativo, isto é, o poder que a lei ou o contrato outorgam ao indivíduo, conferindo a ele a prerrogativa de interferir na esfera jurídica alheia.

Para que o indivíduo tenha direito potestativo não é necessário que ninguém assuma para com ele uma obrigação, assim como nos direitos prestacionais da pretensão. Os direitos potestativos são direitos sem prestação.

O titular do direito potestativo pode exercê-lo ou não, optando por exercer esse seu direito, deverá se atentar, tendo em vista que o exercício de direitos potestativos se submete a prazo de natureza decadencial, desta forma **a decadência atinge o próprio direito potestativo.**

Paralisação dos prazos decadenciais

Via de regra, não há impedimento, suspensão ou interrupção de prazo decadencial. Contudo, excepcionalmente, a lei, pode trazer hipóteses de impedimento, suspensão ou impedimento.

Nesse sentido, o artigo 208, CC, cuja redação remete à aplicação dos artigos 195 e 198, I, há a determinação de que não corre prazo decadencial contra o absolutamente incapaz.

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Decadência Legal e Decadência Convencional

A **decadência legal** e a convencional apresentam algumas diferenças, sendo que a primeira é mais rígida, se observando que:

a) **não admite renúncia;**

Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

b) **pode ser arguida de ofício pelo juiz;**

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

Por outro lado, **a decadência convencional, poderá ser arguida pela parte** que dela aproveita **em qualquer grau** de jurisdição, **não podendo ser reconhecida de ofício:**

Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

8 - MEDICINA LEGAL

8.1 - Corpo de delito, perícia e peritos em medicina legal

O exame de corpo de delito é a perícia destinada a comprovação da materialidade das infrações que deixam vestígios. Indispensável quando presente vestígio em consequência de prática delituosa.

EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO	Quando realizado pelo perito diante do vestígio deixado pela infração penal. Ex: necropsia no cadáver.
EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO	Realizado com base em informações verossímeis fornecidas aos peritos quando não dispuserem do vestígio deixado pelo delito. Ex: perícia realizada em uma vítima de estupro um mês após a conjunção carnal.

Artigo 160, parágrafo único, CPP: *O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.*

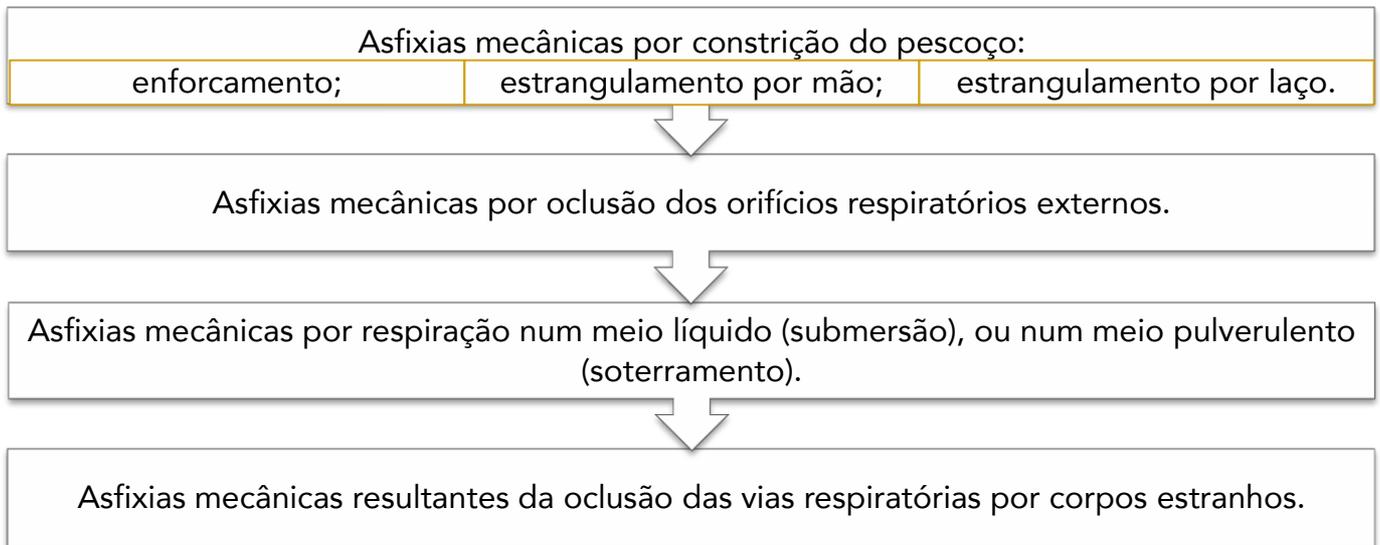
As perícias devem ser realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior. À sua falta, o exame será realizado por duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior e de preferência na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

8.2 - Classificações das Asfixias

Existem diversas classificações das asfixias. Aqui destacaremos as classificações de Thoinot, de Afrânio Peixoto e de Oscar Freire.

Classificação De Thoinot

Para Thoinot, as asfixias podem ser classificadas em:



Classificação De Afrânio Peixoto

Já para Afrânio Peixoto, as asfixias classificam-se em **asfixias puras**, complexas e mistas. As primeiras são manifestadas pela anoxemia (falta de oxigênio no sangue) e hipercapneia (aumento de gás carbônico no sangue):

Asfixias em ambiente por gases irrespiráveis:

- Confinamento;
- Asfixia por monóxido de carbono;
- Asfixias por outros vícios de ambiente.

Obstaculação à penetração do ar nas vias respiratórias:

- Sufocação direta (obstrução da boca e das narinas pelas mãos ou das vias aéreas mais inferiores);
- Sufocação indireta (compressão do tórax);
- Transformação do meio gasoso em meio líquido (afogamento);
- Transformação do meio gasoso em meio sólido (soterramento).

Já as **asfixias complexas** consistem na interrupção primária da circulação cerebral, anoxemia, hipercapnia; inibição por compressão dos elementos nervosos do pescoço:

Constrição ativa
do pescoço
exercida pelo peso
do corpo
(enforcamento).

Constrição ativa
do pescoço
exercida pela força
muscular
(estrangulamento).

Por fim, as **asfixias mistas** são graus variados dos fenômenos respiratórios, circulatórios e nervosos (esganadura).

Classificação De Oscar Freire

Para Oscar Freire, as asfixias podem decorrer de modificações físicas do ambiente, de obstáculos mecânicos no aparelho respiratório, de obstáculo na oxigenação das hemácias ou supressão da expansão torácica por contenção externa.

As **modificações físicas do ambiente** podem ser **quantitativas** dos componentes do ar (diminuição de oxigênio, aumento de gás carbônico, aumento de temperatura, excesso de umidade): confinamento ou **qualitativas**: 1) ambiente líquido em lugar de gasoso: afogamento; 2) ambiente sólido em lugar de gasoso: soterramento.

Por outro lado, os **obstáculos mecânicos no aparelho respiratório** podem ocorrer:

- Nas aberturas aéreas (narina e boca, glote): sufocação direta.
- Nas vias aéreas, por constrição externa, devido ao laço acionado pelo peso da própria vítima: enforcamento.
- Nas vias aéreas, por constrição externa, devida a laço acionado pela força muscular ou equivalente: estrangulamento.
- Nas vias aéreas, por constrição externa, devida à ação da mão: esganadura.

Ainda, o **obstáculo na oxigenação das hemácias** consiste em asfixia pelo monóxido de carbono. e a **supressão da expansão torácica por contenção externa**: sufocação indireta.

8.3 - Classificação dos transtornos de personalidade

Algumas classificações dos transtornos que despencam em provas e não podem ser confundidas são:



De início, a Associação de Psiquiatria Americana classifica os transtornos da personalidade nos seguintes tipos:



De outro lado, a CID-10 da Organização Mundial da Saúde, traz a seguinte classificação:

Paranoides

Esquizoides

Dissociais

Impulsivos

Histriônicos

Obsessivo-compulsivos

Ansiosos

Dependentes

Não especificados

Por fim, Kurt Schneider classifica os transtornos de personalidade em

- Hipertímicos: Seus traços característicos são **alegria, despreocupação, euforia, impaciência, tendência à execução imediata, instabilidade de vida e de trabalho, prodigalidade**. Inclinação às disputas, aos escândalos e às desarmonias familiares, conjugais e no trabalho. Às vezes, apresentam-se plácidos e tranquilos e, repentinamente, explodem em fúria incontida desproporcional ao estímulo.
- Depressivos: Apresentam depressão permanente do estado de ânimo vital, misantropismo, pessimismo, mau humor, desconfiança. **Pouca criminalidade**. Podem chegar ao suicídio.
- Lábeis do estado de ânimo: Seu estado de ânimo sofre oscilações imotivadas e desproporcionais, com crises de irritação e depressão. São **perigosos na fase impulsiva**.
- Irritáveis ou explosivos: Predomina neles uma **irritabilidade excessiva do humor e da afetividade, seguida de tensões motoras, violentas**.

Diferenciam-se dos hipertímicos e dos dissociativos. Nestes, a irritabilidade mostra-se apenas como tipo de conduta, sem descargas. Os **dissociativos são de alta**

periculosidade, substancialmente quando no clímax da irritação ou da descarga motora, chegando aos crimes passionais. Muitas dessas manifestações explosivas surgem apenas na embriaguez. São instáveis no matrimônio e inadequados na educação dos filhos.

- De instintividade débil: Estão marcados pela falta de iniciativa, prevalecendo uma abulia de conduta. Submissos à vontade alheia, sentem-se desamparados quando estão sozinhos e com medo de serem abandonados. Iniciam uma atividade e logo abandonam. Por vezes, são **peessoas de inteligência apreciável, mas não se fixam em uma coisa só, abandonando-a e começando novamente**. Esse tipo de psicopata é frívolo, ligeiro e inquieto, não sabe o que quer. É superficial e intransigente. Pendente à vagabundagem, ao alcoolismo, aos tóxicos, à mendicidade e ao homossexualismo. São chamados hoje de portadores de “transtorno de personalidade dependente”.
- Sem sentimentos ou amorais: Myra y Lopez denomina-os **psicopatas perversos**. Sua característica maior é a **impossibilidade de experimentar sentimentos de afeto, simpatia ou valorização de demais pessoas**.

São capazes de todas as ações antissociais: roubo, furto, fraude, estelionato, sequestro, prostituição, escândalos públicos e homicídio.

Não conhecem a bondade, a piedade, a vergonha, a misericórdia e a honra. Desde a infância, demonstram anormalidades pelas manifestações de crueldade, mitomania, precocidade sexual e delinquência.

Seus crimes são desumanos, frios, impulsivos, bestiais.

Não admitem ser fiscalizados. Realizam atos movidos pelas suas paixões, pelo domínio dos componentes instintivos de sua personalidade.

Praticam o mal por necessidade mórbida. Sentem sua falta, como o faminto o alimento, e, só assim, se acham equilibrados e serenos, recebendo tranquilos e eufóricos a consequência dos seus efeitos.

Todas as medidas de reeducação e de recuperação têm-se mostrado inúteis e os confinamentos carcerários vêm acelerando e requintando suas técnicas amorais e delituosas.

Atualmente classificados como portadores de “transtorno de personalidade antissocial”.

- Carentes de afeto: O registro fundamental desses anormais é revelar “mais do que são”. Fazem o grupo dos **petulantes, fanfarrões, exagerados, histriônicos, hiperemotivos, exibicionistas e presunçosos, com extrema labilidade afetiva, teatralidade e exaltação**. Tendem à mitomania e chegam a acreditar em suas próprias mentiras. São egocêntricos, de afetividade superficial e indiferentes às outras pessoas. Fazem parte do hoje chamado “**transtorno de personalidade histriônica**”.

- Fanáticos: São obcecados, expansivos, apaixonados e se expressam através de um misticismo ou de um conceito filosófico ou político. **Sua alta periculosidade está em poder assumir liderança de grupos ou massas humanas em épocas de instabilidade político-social, mesmo sendo eles intelectualmente limitados e de ideias confusas.** Jamais se colocam de maneira imparcial perante os fatos, tomam partido, exaltando-se em torno de temas estranhos e insignificantes.
- Inseguros de si mesmos: Falta de confiança em si próprios, sentimentos de inferioridade, sensitivos e autorreferentes. São pessimistas, consideram-se descuidados para uma ou outra coisa ou se responsabilizam por alguma omissão. Levados pela opinião alheia, sofrem do “delírio sensitivo de autorreferência” ou “delírio sensitivo de relação”, chamado assim por Krestchmer. São quase sempre honestos, escrupulosos e tendem a ideias obsessivas e a certas fobias. Sua repercussão médico-legal é muito discreta.
- Astênicos: Sua característica mais visível é a **fadigabilidade fácil, timidez, introversão, insegurança, sentimento de inferioridade, tendência à depressão, ao suicídio, ao alcoolismo e aos tóxicos.** Há rápido esgotamento dos seus ciclos de atividade psíquica. São confundidos com os hipocondríacos e sofrem influência de outros, podendo agir por indução a determinados delitos. Esses são os tipos clássicos. Não obstante, podem surgir formas mistas ou associadas a outras doenças mentais, como realçava Kurt Schneider (in Psicopatologia Clínica, São Paulo: Editora Mestre Jou, 1976).

8.4 - Tanatologia Forense

Segundo Delton Croce, a tanatologia forense é o capítulo da Medicina Legal no qual se estuda a morte e as consequências jurídicas a ela inerentes. Difícil conceituar morte. Uma definição simples seria a cessação total e permanente das funções vitais. No entanto, hoje, o mais aceito é o conceito de morte encefálica.

Segundo a doutrina, é difícil precisar o exato momento da morte, pois não é um fato instantâneo, mas sim uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. Passou-se a adotar o conceito de morte encefálica depois da era da transplantação dos órgãos e tecidos.

Deve-se dar o indivíduo por morto quando se constata, indubitavelmente, a ocorrência verdadeira da morte encefálica geral e não apenas da morte da corteza cerebral.

Modalidade de Morte

Classificação de Delton Croce:

- Morte Anatômica: É o cessamento total e permanente de todas as grandes funções do organismo entre si e com o meio ambiente.

- Morte histológica: Não sendo a morte um momento, compreende-se ser a morte histológica um processo decorrente da anterior, em que os tecidos e as células dos órgãos e sistemas morrem paulatinamente.
- Morte Aparente: O indivíduo assemelha-se incrivelmente ao morto, mas está vivo por persistência da circulação. É possível a recuperação do indivíduo em estado de morte aparente pelo emprego de socorro médico.

OBS: Caracteriza-se pela Tríade de Thoinot: imobilidade, ausência aparente da respiração e da circulação.

- Morte relativa: O indivíduo jaz como morto, vitimado por parada cardíaca diagnosticada pela ausência de pulso em artéria calibrosa, associada à perda de consciência, cianose, ou palidez marmórea. O ofendido, submetido em tempo hábil à massagem cardíaca, poderá retornar à vida.
- Morte Intermédia: É admitida apenas por alguns autores. É tida como verdadeiro estágio inicial da morte definitiva, precede a absoluta e sucede a relativa.
- Morte Real: É o ato de cessar a personalidade e fisicamente a humana conexão orgânica. Inicia-se paulatinamente a decomposição do cadáver.

Morte súbita, mediata e agônica:

- Morte súbita: Leva no máximo minutos, não dando tempo de atendimento.
- Morte mediata: Possibilita sobrevivência de poucas horas, permitindo alguma forma de providência.
- Morte agônica: se arrasta por dias ou semanas, ocorre paulatinamente, num tempo relativamente longo.

Morte violenta, natural e suspeita (causa jurídica da morte):

- Morte violenta - há relação de causa e efeito entre agressão e a morte. Tem origem por ação externa ("vindas de fora") nas quais se incluem o homicídio, o suicídio e o acidente.
- Morte natural (morte por antecedentes patológicos) - aquela oriunda de um estado mórbido adquirido ou de uma perturbação congênita.
- Morte suspeita - aquela que ocorre de forma duvidosa e sobre o qual não se tem evidência de ter sido de causa natural ou de causa violenta.

OBS: Esse tipo de morte atualmente é transferido para a responsabilidade médico-legal pela Resolução do Conselho Federal de Medicina.

8.5 - Introdução ao Estudo da Medicina Legal

(a) Conceito e terminologia

A medicina legal não é propriamente uma especialidade médica, mas uma ciência que aplica as técnicas das diversas ramificações da medicina às necessidades do Direito. Segundo Genival Veloso de França, "a medicina legal é a contribuição da medicina, e da tecnologia e outras ciências afins, às questões do Direito na elaboração das leis, na administração judiciária e na consolidação da doutrina"³⁷.

Embora seja usual a terminologia "Medicina Legal", outras denominações são encontradas na doutrina, tais como "Medicina Legal Forense"; Questões Médico Legais; "Medicina Judiciária"; "Medicina Judiciária ou dos Tribunais"; "Jurisprudência Médica"; "Medicina Política"; "Medicina Forense"; "Antropologia Forense"; "Biscopía Forense"; "Medicina Forense Jurídica"; "Medicina Pericial", dentre outras.

Não obstante, a expressão medicina legal parece mais adequada, eis que indica toda a extensão da disciplina, sendo por isso mais aceita. Todavia, Genival Veloso de França considera que o termo mais adequado seria "Medicina Política e Social" em razão de suas múltiplas intimidades no relacionamento social e político do homem e por não ser apenas "medicina da lei"³⁸.

(b) Relações com as demais ciências

A medicina legal serve ao direito e se vale das ciências médicas e biológicas para esclarecer os fenômenos sociais. Nesse sentido, ressalta Delton Croce e Delton Croce Júnior que "a designação legal emprestada a essa ciência indica que ela se serve, no cumprimento de sua nobre missão, também das ciências jurídicas e sociais, com as quais guarda, portanto, íntimas relações"³⁹.

³⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 2017, p. 26.

³⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 2017, p. 26-27.

³⁹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

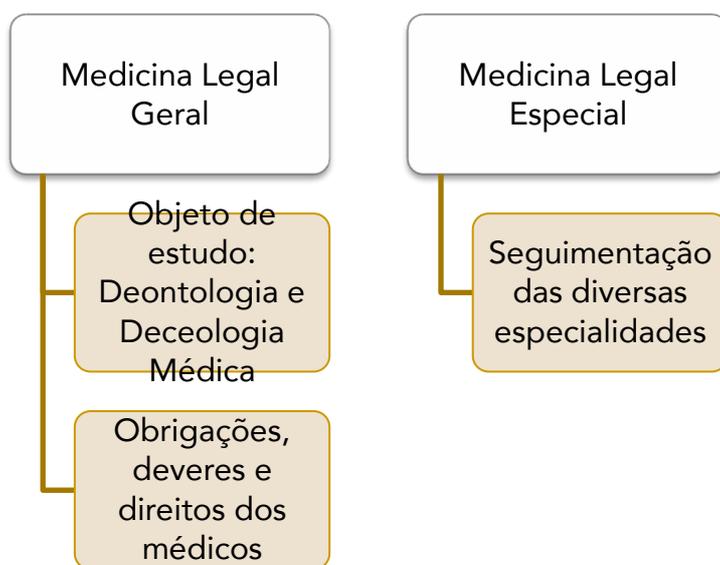
No âmbito do direito civil, a medicina legal é fundamental para o exame das questões relativas à paternidade, impedimentos matrimoniais, erro essencial, personalidade civil, nascituro, comoriência, dentre outras.

Revela-se, igualmente, importante para o direito constitucional, notadamente no que se refere à proteção da infância e da maternidade; ao direito processual, auxilia na psicologia da testemunha, da confissão, da acareação do acusado e da vítima

Também se mostra importante em relação às questões penitenciárias quando converge seus estudos para a psicologia do detento, notadamente no que tange à concessão de livramento condicional. Aliás, importante instrumento a serviço da justiça é o exame criminológico, que pode ser exigido para efeito de progressão, a critério do magistrado, desde que o determine em decisão fundamentada.

(c) Divisão didática da disciplina

A doutrina divide a medicina legal, para fins didáticos, em:



A medicina legal especial compreende:

- ↳ (a) *Antropologia médico-legal*: tem por finalidade estudar a identidade e a identificação médico-legal e judiciária;
- ↳ (b) *Traumatologia médico-legal*: estuda as lesões corporais sob o ponto de vista jurídico e das energias causadoras do dano
- ↳ (c) *Sexologia médico-legal*: analisa a sexualidade do ponto de vista normal, anormal e criminoso;

- ↪ (d) *Tanatologia médico-legal*: trata da morte e do morto;
- ↪ (e) *Toxicologia médico-legal*: debruça-se sobre o exame dos cáusticos e dos venenos, bem como dos procedimentos periciais em casos de envenenamento;
- ↪ (f) *Asfixiologia médico-legal*: estuda os diversos aspectos das asfixias, tais como esganadura, enforcamento, afogamento, estrangulamento, soterramento, sufocação;
- ↪ (g) *Psicologia médico-legal*: estuda os fenômenos relacionados ao psiquismo normal e as causas que podem comprometer o entendimento da testemunha, da confissão, do delinquente e da própria vítima;
- ↪ (h) *Psiquiatria médico-legal*: examina os transtornos mentais e da conduta;
- ↪ (i) *Criminalística*: investiga os indícios materiais do crime, seu valor e sua interpretação nos elementos constitutivos do corpo de delito (criminodinâmica);
- ↪ (j) *Criminologia*: estuda a criminogênese (natureza do crime, da vítima e do ambiente);
- ↪ (k) *Infortunística*: estuda os acidentes, doenças do trabalho e doenças profissionais;
- ↪ (l) *Genética médico-legal*: volta-se ao exame do vínculo genético da paternidade e da maternidade;
- ↪ (m) *Vitimologia*: volta seu estudo para o papel da vítima no delito.