

# APOSTILA JURÍDICA

DIREITO CONSTITUCIONAL  
DIREITO ADMINISTRATIVO  
DIREITO PENAL  
DIREITO PROCESSUAL PENAL  
DIREITO CIVIL  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**DÍDIMO HELENO PÓVOA AIRES**  
ORGANIZADOR

O conteúdo desta apostila foi extraído do curso LFG – LUIZ FLÁVIO GOMES, a partir das aulas ministradas pelos professores *Marcelo Novelino* e *Pedro Taques* (Direito Constitucional), *Fernanda Marinella* (Direito Administrativo), *Rogério Sanches* e *Luiz Flávio Gomes* (Direito Penal e Direito Processual Penal), *Pablo Stolze* (Direito Civil) e *Fredie Didier Jr.* (Direito Processual Civil), com anotações de *Dídimo Heleno Póvoa Aires*.

## APRESENTAÇÃO

Durante os seis meses do curso LFG – Luiz Flávio Gomes, na condição de aluno, anotei todo o conteúdo das aulas ali ministradas, material que compõe esta modesta apostila.

O único objetivo é o de facilitar o estudo do aspirante a concursos públicos na área jurídica, de forma sucinta e objetiva, uma vez que sabemos da vida atribulada das pessoas nos dias de hoje.

A princípio, este material seria apenas para uso pessoal. Porém, diante dos vários amigos que pretendem ingressar numa carreira pública, resolvi condensá-lo e ofertá-lo a esses incansáveis estudiosos do Direito que, como eu, militam com prazer nessa interessante e profícua área científica. Esta apostila é uma oferta pessoal, é um presente a todos os meus amigos e conterrâneos.

É preciso dizer que aqui não se percebe o rigor científico que ornamenta os trabalhos de alto gabarito técnico. São apenas informações preciosas (ao menos assim as considero) e que na medida em que saíam da boca dos ilustres e reconhecidos professores, eram por mim anotadas em ritmo frenético, na avidez de quem anseia por conhecimento.

A simplicidade do trabalho, contudo, não lhe retira a importância, uma vez que o seu conteúdo, repito, foi extraído de aulas ministradas por professores renomados e premiados no mundo jurídico brasileiro. Esta apostila poderá ser utilizada como complemento de estudos mais aprofundados, proporcionando ao estudante um contato direto, rápido e eficaz com as seis disciplinas básicas do Direito, que são cobradas em qualquer prova de concurso da área jurídica: constitucional, administrativo, penal, processual penal, civil e processual civil.

Muitas das informações que o estudioso encontrará neste trabalho não serão encontradas em livros jurídicos, justamente porque foram repassadas no momento da aula, no lampejo de uma idéia, no meio de uma sinapse, no calor da emoção proporcionada pelo contato simultâneo do professor com o aluno.

Desejo a quem tiver a oportunidade de ler esta apostila a maior recompensa que se pode oferecer ao estudioso: o conhecimento. Passar em concurso é consequência, e certamente não é o mais importante. Bom estudo!

**Dídimo Heleno.**

## ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL .....	05
DIREITO ADMINISTRATIVO .....	68
DIREITO PENAL .....	125
DIREITO PROCESSUAL PENAL .....	216
DIREITO CIVIL .....	267
DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....	333

## DIREITO CONSTITUCIONAL

### TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO

#### **Constituição.**

#### **Concepção de Constituição.**

**Concepção sociológica:** (Ferdinand Lassale) – Constituição escrita e Constituição real (a soma dos fatores reais de poder que regem uma determinada nação. “Folha de papel” é um termo utilizado por Ferdinand Lassale para dizer que a Constituição escrita não tinha valor)

**Concepção política:** (Carl Schmitt) – Constituição é apenas aquilo que decorre de uma “decisão política fundamental” que a antecede (Ex. organização do Estado; organização dos Poderes; direitos fundamentais). O que está dentro da Constituição, para Carl, seriam apenas “leis constitucionais”.

**Concepção jurídica:** (Hans Kelsen/Konrad Hesse) – conjunto de normas (dever-ser). A Constituição possui uma força normativa capaz de conformar a realidade, bastando que exista “vontade da Constituição”.

**Concepção culturalista:** “Constituição total” – vista sobre os prismas sociológicos, político e jurídico. A Constituição, ao tempo que é condicionada pela realidade é também condicionante desta.

#### **Classificação das Constituições.**

#### **Critérios.**

#### **Origem. Espécies:**

**Constituições democráticas:** (ou populares, votadas, promulgadas, dogmáticas) – é feita por representantes do povo; eleitos para o fim específico de elaborar a Constituição.

**Constituições outorgadas ou impostas:** ao povo, contra sua vontade. Espécies:

**Cesaristas:** submetidas a plebiscito ou referendo.

**Pactuadas ou pactuais:** aquela fruto de um pacto entre o rei e a assembléia.

#### **Modo de elaboração. Espécies:**

**Dogmáticas:** as que surgem de uma só vez e são escritas.

**Históricas:** formam-se lentamente, através do tempo.

**Estabilidade ou plasticidade:** analisa a estabilidade da Constituição.; feita através da comparação das leis do Estado. Subdivisão:

**Imutáveis:** não existem mais.

**Rígidas:** maior estabilidade; possui um processo mais solene de alteração (pode, ou não, ter cláusulas pétreas, que é o núcleo essencial da Constituição, que lhe confere identidade material, razão pela qual não poderá ser restringido ou abolido pelo poder reformador – ver arts. 47 e 60, da CF).

Obs.: existem dois quoruns: o de votação (número mínimo de parlamentares presentes no Plenário) e o de aprovação (o *quantum* estabelecido na CF, ou seja, maioria simples dos presentes).

**Flexíveis:** aquelas em que a alteração se dá da mesma forma utilizada para as leis. Na flexível não existe poder reformador, não há supremacia formal; portanto, não há controle de constitucionalidade.

**Semi-rígida ou semi-flexível:** há normas com processos mais ou menos dificultosos.

**Quanto ao conteúdo.**

**Espécies:**

**Constituição em sentido material:** direitos fundamentais; estrutura do Estado; organização dos poderes (a Constituição material é a que tem como conteúdo apenas estes assuntos).

**Constituição em sentido formal:** feita por processo diferenciado em relação às leis.

**Quanto à função ou estrutura – traça as diretrizes do Estado.**

**Espécies:**

**Constituição garantia ou quadro:** assegura as liberdades – impedimentos ou negativos, além dos princípios materiais estruturantes (art. 1º, da CF).

**Constituição dirigente ou programática:** a que dirige os rumos do Estado.

Obs. A Constituição de 1988 é escrita, codificada, popular, dogmática, rígida, formal, analítica, dirigente, eclética.

**Supremacia da Constituição.**

**Material:** relativo ao conteúdo, sendo este superior às demais leis; característica de todas as Constituições.

**Formal:** a Constituição é formal quando é rígida; decorre da sua rigidez. Uma norma é superior quando se constitui como fundamento de validade de outra inferior.

**Exemplo da pirâmide de Kelsen aplicada ao nosso sistema.**

**Topo:** CF/88 – ato normativo originário (emendas constitucionais, tratados de direitos humanos).

**Meio:** atos normativos primários (leis ordinárias, complementares, delegada, MP, tratados).

**Base:** atos normativos secundários (decretos/regulamentos).

Obs. Não existe hierarquia entre normas da Constituição (originárias ou derivadas, direitos fundamentais, ou não, cláusulas pétreas, ou não, princípios e regras) – vide art. 59, da CF.

Obs.: entre lei complementar e lei ordinária há hierarquia? Há (Pontes de Miranda); não há (Celso Bastos, Michel Temer).

**Diferenças entre lei complementar e lei ordinária:**

LC – quorum absoluto. LO – quorum simples.

LC – matéria reservada. LO – matéria residual.

Obs.: a lei complementar pode tratar de uma matéria de lei ordinária sem ser invalidada, por uma questão de economia legislativa. A lei complementar pode ser revogada pela lei ordinária, caso a CF trate a matéria como residual, portanto de competência da lei ordinária.

Obs.: no Direito Tributário existe hierarquia entre LC e LO, segundo o STJ. Para o STF não existe hierarquia entre tais leis, mesmo no Direito Tributário.

Obs.: existe hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais? Existem campos de atuação distintos, mas não hierarquia. Se uma invadir o campo da outra, será tida como inconstitucional. Existem competências concorrentes, não havendo inconstitucionalidade nesses casos: uma lei dita a regra geral e a outra atua em âmbito restrito.

**Hierarquia no âmbito estadual – Pirâmide:**

**Topo:** Constituição estadual.

**Meio:** Lei estadual/lei municipal.

**Base:** Decreto estadual/decreto municipal.

Obs.: o TJ só exerce controle concentrado em face da constituição estadual.

**Hierarquia no âmbito municipal – Pirâmide:**

**Topo:** Lei orgânica municipal.

**Meio:** Lei municipal (complementar e ordinária)

**Base:** Decretos.

Obs.: no âmbito municipal não se fala em controle de constitucionalidade, mas de legalidade.

**Hierarquia no âmbito do Distrito Federal – Pirâmide:**

**Topo:** Lei orgânica do DF.

**Meio:** Leis distritais (complementares e ordinárias).

**Base:** Decretos.

Obs.: há, no DF, controle concentrado das leis distritais em face da lei orgânica (art. 30, da Lei 9868).

Obs.: há entendimento, no sentido de que, entre a CE e a lei orgânica não existe hierarquia, pois se trata de entes autônomos. Contudo, o art. 29, da CF, mostra que a segunda deve respeitar a primeira.

**PODER CONSTITUINTE**

**Legitimidade:** o Poder Constituinte encontra-se acima da pirâmide, visto que foi ele quem deu início a todas as normas. É legítimo quando exercido por representantes do povo, eleitos para esse fim específico.

**Titularidade – resposta automática:** a titularidade estaria concentrada sempre em uma minoria. Resposta automática: o titular do Poder Constituinte é a maioria do povo ou da nação, para o Abade de Sieyès.

**Exercício:** consiste na elaboração da Constituição, exercido pelo povo, através de representantes eleitos.

**Natureza:** significa essência; qual o seu significado para o Direito; é o lugar que o instituto ocupa dentro do ordenamento jurídico. Segundo os positivistas, o Poder Constituinte é um poder de fato ou político.

Obs.: o Direito Natural é eterno, universal e imutável.

#### **Características essenciais.**

**Inicial:** não existe nenhum outro poder antes ou acima dele.

**Autônomo:** cabe apenas a ele escolher a idéia de direito que irá prevalecer dentro do Estado.

**Incondicionado:** o Poder Constituinte não está submetido a nenhuma condição formal ou material.

**Ilimitado.**

**Soberano.**

**Proibição do retrocesso:** característica dos direitos fundamentais. Limitação metajurídica (fora do Direito), que limita o Poder Constituinte Originário.

#### **Características do Poder Constituinte, segundo o Abade Sieyès.**

**Permanente:** não se esgota no ato de seu exercício, estendendo-se no tempo.

**Inalienável:** a titularidade desse Poder não poderá ser transferida.

Obs.: o Abade Sieyès é jusnaturalista (defende o Direito Natural, não é positivista).

#### **Classificação do Poder Constituinte.**

**Dicotômica:** Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado. O PCD necessariamente deve observar as limitações materiais impostas pelo PCO.

**Tricotômica:** Poder Constituinte Originário, Poder Constituinte Derivado e Poder Constituinte Misto (poderia alterar as limitações materiais impostas pelo originário, desde que a submetessem a um plebiscito ou referendo).

#### **Espécies de Poder Constituinte.**

**Originário:** cria a primeira constituição, ou uma nova.

**Revolucionário:** cria nova constituição dentro de um Estado. Revolução, em termos jurídicos, é toda ruptura com o ordenamento jurídico anterior.

**Material:** escolhe o conteúdo que constará dentro da constituição.

**Formal:** formalização do conteúdo da constituição.

**Difuso:** elabora uma constituição histórica.

**Derivado:** deriva do originário.

**Reformador:** reforma a constituição (art. 60, da CF).

**Revisor:** faz a revisão (art. 3º, do ADCT).

**Decorrente:** cria as constituições dos Estados-membros (arts. 25, da CF e 11, do ADCT).

Obs.: segundo Paulo Bonavides, a diferença entre o reformador e o revisor, é que o primeiro é a via ordinária de alteração da Constituição; o segundo é a via extraordinária.

**Poder Constituinte Supranacional:** espécie de constituição comunitária de determinado bloco, cujo titular não é o povo, mas o cidadão universal (Ex. Comunidade Européia). É responsável pela elaboração de uma constituição na qual cada Estado cede uma parcela de sua soberania para a formação de um documento supranacional.

### **Limitações ao Poder Derivado Reformador.**

**Temporais:** não existem limites em nossa CF (art. 60).

**Circunstanciais:** impedem a alteração da CF em situações excepcionais, nas quais a livre manifestação do Poder Derivado possa estar ameaçada. Chamado de estado de legalidade extraordinária (estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal) – arts. 34, 136 e 137, da CF.

**Materiais ou substanciais:** cláusulas pétreas (podem ser ampliadas, não restringidas). Podem ser expressas ou implícitas (expressas: § 4º, do art. 60: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes e direitos e garantias individuais).

STF: os direitos e garantias individuais estão espalhados por toda a CF (ex. art. 16 – princípio da anterioridade eleitoral; art. 150, III, 'b' - princípio da anterioridade tributária).

Obs.: a forma federativa de Estado é um princípio intangível de nossa CF.

### **Cláusulas pétreas implícitas, segundo Paulo Bonavides:**

**Soberania nacional:** art. 1º, I, da CF.

**Pluralismo político:** art. 1º, V, da CF.

**Dupla revisão:** na verdade, trata-se de uma reforma. Não se admite no Brasil (para o português Jorge Miranda, admite-se).

### **Limitações formais, processuais ou procedimentais**

**Expressas:** são as circunstanciais e materiais

**Implícitas:** são as formais, que podem ser:

Subjetivas: relacionadas ao sujeito, à competência para propor emenda = iniciativa do Pres. da República; 1/3 da Câmara ou do Senado; + 50% das Assembléias

dos Estados-membros (maioria simples); há o entendimento minoritário de que cabe iniciativa popular para emenda (José Afonso da Silva); o STF entende que normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente, por isso não cabe iniciativa popular de emenda.

Objetivas: quorum para emenda = a 3/5 – maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa, em dois turnos. Não há sanção de proposta de emenda pelo Pres. República. Após a aprovação, vai direto para a promulgação, pelas mesas da Câmara e do Senado.

Obs.: a sessão legislativa inicia-se em 02 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. A legislatura dura 4 anos, ou seja, um mandato (art. 44, parágrafo único, da CF). O período legislativo dura 6 meses, ou seja, a metade de uma sessão legislativa. Uma legislatura, portanto, possui 8 períodos.

Obs.: a revisão tem limitação temporal de 5 anos (art. 3º, ADCT). Por analogia, aplicam-se à revisão as limitações materiais e circunstanciais previstas para a reforma.

## ELEMENTOS DO SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL

**Direito natural**: inato ao homem, que estaria acima do direito positivo, e que se caracteriza por ser eterno, universal e imutável. Kelsen retirou o conteúdo valorativo do Direito, para que fosse ele visto com ciência (*actio* aspiração).

**Norma**: é um comando que precisa ser obrigatoriamente seguido.

**Princípios**: eram vistos, pelos positivistas, como caminho, direção, conselhos a serem seguidos.

**Pós-positivismo e neo-positivismo**: tentativa de superação do positivismo e do jus-naturalismo, através de uma conciliação entre as premissas fundamentais das duas correntes. Tem como características a importância dada aos valores e a elevação dos princípios à categoria de normas jurídicas. A norma é gênero, do qual são espécies os princípios e regras (Robert Alexy/Ronald Dworkin).

**Postulados**: segundo H. Ávila, são normas de segundo grau, que estruturam a aplicação de outras normas.

### Critérios de distinção

- a) Os princípios, segundo Dworkin, estariam mais próximos da idéia de justiça.
- b) Abstratividade (ou generalidade) – os princípios são normas generalíssimas. Enquanto as regras possuem um pressuposto fático homogêneo, os princípios possuem hipóteses heterogêneas.
- c) Dimensão: enquanto princípios e regras possuem a dimensão da validade, apenas os primeiros possuem a dimensão da importância, peso ou valor (Robert Alexy).

- d) No campo da validade, todos os princípios e regras conflitam. Esses conflitos entre normas é conceituado por Norberto Bobbio como de primeiro grau.
- e) Entre uma lei e uma norma constitucional, utiliza-se o critério hierárquico.
- f) Entre duas leis, prevalece a mais recente, critério cronológico ou temporal (art. 2º, § 2º, da LICC).

**Conflitos de segundo grau** – segundo Bobbio, é o conflito existente entre os critérios de primeiro grau.

- a) O critério hierárquico sempre prevalece sobre o cronológico.
- b) O critério da especialidade, geralmente, prevalece sobre o cronológico.
- c) O critério hierárquico, em regra, prevalece sobre o da especialidade.

**Conflito de importância** – existente entre princípios. Antes é preciso verificar se os dois princípios em conflito são válidos. Feito sempre diante de casos concretos.

Obs. As regras impõem resultado, devendo ser aplicadas de forma automática. Segundo Dworkin, as regras obedecem a lógica do “tudo ou nada” (ex. aposentadoria compulsória). Os princípios apontam a direção na qual uma decisão deverá ser proferida. Para Robert Alexy, “princípios são mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

## HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Hermenêutica não se confunde com interpretação. A primeira é a ciência que fornece os elementos para a interpretação; esta, busca o sentido da norma.

### Métodos de interpretação

- a) Hermenêutico clássico (ou jurídico): parte da “tese da identidade”. Sendo a Constituição uma lei como as demais (conjunto de normas), ela deverá ser interpretada por meio dos elementos clássicos desenvolvidos por Savigny (gramatical, histórico, lógico e sistemático) – principal defensor: Forsthoff. A força normativa da Constituição ficaria assegurada pela dupla relevância atribuída ao texto (pauta de partida e limite).
- b) Tópico-problemático: (Vielweg) – tópico = topos = topoi = argumentos, esquemas de pensamento, raciocínio, lugares comuns. As normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente, segundo o STF. Os direitos fundamentais não devem servir como escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas. Para este método, o problema é sagrado (método aporético).  
Críticas a este método: pode conduzir a um casuísmo ilimitado; a interpretação deve partir da norma para o problema e não do problema para a norma.

Mas tem a utilidade de complementar lacunas e a comprovação dos resultados obtidos pelos outros métodos.

- c) **Hermenêutico-concretizador:** (hermenêutica = interpretação; concretizar = aplicar. Também é método aporético e tem como elementos básicos a norma, o problema concreto a ser resolvido e a compreensão prévia. A diferença principal entre os dois tópicos acima é que existe um primado da norma sobre o problema.
- d) **Científico-espiritual:** (ou valorativo ou sociológico) – Rudolf Smend. A Constituição atua como elemento do processo de integração comunitária (princípio do efeito integrador). Levam em consideração fatores extra constitucionais - os valores representam o espírito da Constituição. Para Miguel Reale, a Constituição é valor, norma e fato (teoria tridimensional do Direito). O preâmbulo da Constituição tem apenas função interpretativa. O STF já entendeu que ele não é norma. Não existe hierarquia entre princípios expressos e implícitos.
- e) **Normativo-estruturante:** (ou concretista) – Friederich Muller. Não se fala em interpretação, mas em concretização. São elementos para a concretização da norma: metodológicas; dogmáticas; âmbito da norma; teóricos (teoria geral da Constituição); político-jurídicos. Dois aspectos: programa normativo (texto da norma e ela propriamente dita); domínio normativo (realidade social). Críticas: depois de abrir-se para a realidade, este método tem sua última premissa baseada em uma estrutura limitativa do intérprete.

## PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS (OU POSTULADOS INTERPRETATIVOS)

**Princípio da supremacia:** a Constituição é a norma suprema. Serve de pressuposto para toda a interpretação constitucional. É o fundamento de validade dos atos normativos primários e secundários.

**Princípio da presunção de constitucionalidade das leis:** é uma presunção relativa (*iuris tantum*). A lei passa por análises prévias de constitucionalidade. Poder Legislativo ( Comissão de Constituição e Justiça, Redação e Cidadania); Poder Executivo (veto – jurídico ou político). Existindo dúvida sobre a constitucionalidade da lei, deve ela ser declarada constitucional.

**Princípio da simetria:** a Constituição estadual e a Lei Orgânica do município devem ser simétricas à Constituição Federal (arts. 25 e 29, da CF). São normas de repetição obrigatória (ex. processo legislativo, Tribunal de Contas, requisitos para CPI – art. 58, § 3º, da CF).

Obs.: as medidas provisórias, segundo as Constituições dos Estados do Tocantins, Acre e Santa Catarina, podem ser editadas também pelo governador. O STF decidiu no sentido de permitir às Constituições estaduais autorizar as MP's aos governadores, nos moldes da CF, em respeito ao princípio da sime-

tria. Por esse raciocínio, os prefeitos também podem editar MP's, bastando que seja previsto nas Constituições estaduais (vide art. 25, da CF). O art. 57, da CF, não é de repetição obrigatória.

**Princípio da interpretação conforme a Constituição:** decorre da presunção de constitucionalidade das leis. A lei interpretada deve ser polissêmica ou plurissignificativa (vários significados). É um princípio da preservação da norma. Os limites a esse princípio são a clareza do texto legal (sentido unívoco) e o fim pretendido pelo legislador ou pela lei. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto é equivalente à interpretação conforme, possuindo as seguintes semelhanças: podem ser utilizados tanto no controle difuso quanto no concentrado (art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99); em ambos o texto permanece intocado; há uma redução do âmbito de aplicação da norma. Mas há diferenças:

- a) a interpretação conforme é um princípio interpretativo; a declaração de inconstitucionalidade é uma técnica de decisão judicial;
- b) a interpretação conforme corresponde a um juízo de constitucionalidade; a declaração de inconstitucionalidade corresponde a um juízo de inconstitucionalidade (art. 97, CF).

## POSTULADOS NORMATIVOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

**Princípio da unidade:** é uma especificação do método sistemático, impondo a interpretação harmônica da Constituição, que deve ser vista em seu todo. Cabe ao intérprete harmonizar as tensões e conflitos subjacentes ao pacto fundador (poder constituinte originário). Afasta a hierarquia entre as normas constitucionais.

**Princípio do efeito integrador:** sendo a Constituição um elemento do processo de integração comunitária, na solução dos problemas constitucionais, deve-se dar primazia aos pontos de vista que favoreçam a unidade político-social.

**Princípio da concordância prática ou harmonização:** havendo uma colisão entre interesses constitucionalmente protegidos, deve-se fazer a redução proporcional do âmbito de aplicação de cada um dos princípios envolvidos, evitando-se o sacrifício total de um para que o outro seja aplicado.

**Princípio da força normativa da Constituição:** na interpretação da Constituição, deve-se dar preferência às soluções que, densificando suas normas, tornem-se mais eficazes e permanentes.

**Princípio da máxima efetividade:** utilizado em relação aos direitos fundamentais.

Obs. Eficácia jurídica é a aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios. Efetividade ou eficácia social se dá quando a norma cumpre a função para a qual foi ela criada. Na interpretação dos direitos fundamentais deve-se optar pela

solução que confira a maior efetividade possível, para que eles cumpram a sua função social.

**Princípio da conformidade funcional (ou justeza):** os órgãos encarregados da interpretação constitucional não devem subverter o esquema organizatório-funcional, traçado pela Constituição.

**Princípio da relatividade ou da conveniência das liberdades públicas:** nenhum direito, por mais importante que pareça, pode ser considerado obsoleto, pois todos encontram limites em outros direitos também consagrados pela Constituição (não há liberdade sem restrição da liberdade).

**Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade:**

- a) origem: 1215, Magna Carta inglesa – devido processo legal (razoabilidade); germânica (proporcionalidade);
- b) nomenclatura: proporcionalidade é de influência germânica; razoabilidade é de influência anglo-saxã. Há outros que diferenciam os dois princípios;
- c) consagração implícita: não estão expressos na Constituição. Seria uma decorrência dos sistemas de direitos fundamentais; decorre do princípio do Estado de Direito (doutrina alemã); decorre da cláusula do devido processo legal substantivo – art. 5º, LIV (entendimento do STF). O devido processo legal formal é dirigido mais ao juiz, devendo seguir as normas constitucionais e legais, dirigidas ao processo. Devido processo legal substantivo é dirigido ao legislador (contraditório, ampla defesa).

## SUBPRINCÍPIOS

**Adequação:** é a relação entre o meio utilizado e o fim almejado.

**Necessidade:** (menor ingerência possível) – deve-se optar pelo meio menos gravoso possível.

**Proporcionalidade em sentido estrito:** (“Não se deve abater pardais com canhões” – Jellinek) – é a relação custo-benefício da medida.

**Proibição por defeito:** (Canotilho) – proteção insuficiente da norma.

**Preâmbulo constitucional:** não é norma; não é vinculante; não é obrigatório. É apenas uma diretriz hermenêutica; auxilia na interpretação.

## APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**Classificação. Quanto à eficácia:**

- a) Norma constitucional de eficácia plena: possui aplicabilidade direta, imediata e integral. Ex. aquelas que estabelecem isenções (art. 184, § 5º, CF); imunidades (art. 53, CF); prerrogativas (art. 128, § 5º, I, da CF); proibições ou vedações (art. 19, da CF); as que trazem previsão de processo de sua execução ou aquelas cuja enunciado já esteja suficientemente explicitado. Maria Helena Diniz traz outra classificação, as normas de eficácia absoluta ou super-eficazes, aquelas que não podem ser atingidas nem por lei ou emenda constitucional. Ex. cláusulas pétreas – art. 60, § 4º, da CF).
- b) Norma constitucional de eficácia contida: tem aplicabilidade direta, imediata e, possivelmente, não terá aplicação integral. Não depende de lei para ser aplicada, mas poderá sofrer a restrição de alguma lei. A norma de eficácia contida, enquanto não restringida, produz os mesmos efeitos da norma de eficácia plena. É auto-executável, auto-aplicável ou bastante em si. Ex. art. 5º, XIII, da CF. Podem ser restringidas por conceitos de direito público (costumes, ordem pública, etc.) ou por outras normas constitucionais. Ex. art. 5º, XXIV, CF; art. 5º, XVI, CF; art. 136, § 1º, I, “a”, CF; art. 139, IV, CF.
- c) Norma constitucional de eficácia limitada: aplicabilidade indireta – significa necessidade de uma outra vontade para que seja aplicada ao caso concreto. Enquanto não regulamentado, só possui eficácia negativa (eficácia positiva é a aptidão da norma para ser aplicada aos casos concretos). Negativa: aptidão para invalidar os dispositivos que lhe são contrários. Espécies (José Afonso):
- 1) Princípio institutivo: (ou organizatório) – depende de um outro ato para dar corpo, forma, estrutura a determinados institutos criados pela CF (art. 102, § 1º, da CF). Facultativos: possibilidade para os Poderes Públicos (art. 22, parágrafo único; 154). Impositiva: art. 121, CF.
  - 2) Princípio programático: programa de ação a ser desenvolvido pelos Poderes Públicos – impõe obrigação de resultado, não de meio (art. 3º, CF) – “A norma programática não pode se transformar em uma promessa constitucional inconseqüente” – Celso Antônio Bandeira de Mello.
  - 3) Exaurida ou esvaída (Uadi Lamêgo Bulos) – eficácia que se exauriu – normas do ADCT depois de aplicadas.

## NORMAS CONSTITUCIONAIS NO TEMPO

Revogação por norma geral: art. 2º, § 1º, da LICC – a CF revoga inteiramente o artigo.

**Desconstitucionalização:** (Pontes de Miranda, Manuel Gonçalves Ferreira Filho) Concepção política de Karl Schimith (as leis constitucionais poderiam ser recepcionadas, se compatíveis com a nova constituição). O fenômeno da desconstitucionalização.

zação se dá quando as leis anteriormente constitucionais passam a ser consideradas leis infraconstitucionais (não aceita no Brasil). .

**Repristinação:** art. 2º, § 3º, da LICC – no Direito Constitucional não se admite repristinação tácita, por dois princípios: segurança jurídica e estabilidade das relações sociais.

**Efeito repristinatório tácito:** art. 11, § 2º, da Lei 9868/99. Arts. 24, §§ 1º a 4º, da CF - competência legislativa concorrente (se a União não fizer a norma geral, o Estado-membro pode fazer a geral e a complementar). A norma geral da União pode suspender a eficácia estadual.

**Recepção:** análise do conteúdo das matérias anteriores – se forem compatíveis materialmente com a nova constituição, serão recepcionadas. As incompatíveis serão revogadas, segundo o STF (princípio da unidade do ordenamento jurídico). A incompatibilidade formal superveniente não impede que a norma seja recepcionada. Todavia, ela receberá uma nova roupagem, um novo status (Ex. CTN – era lei ordinária, hoje tem status de lei complementar).

**Mutação constitucional:** são processos informais de alteração da constituição, sem que haja modificação de seu texto (Ex. interpretação da CF; usos e costumes constitucionais). Será legítima, se puder ser enquadrada dentro do programa normativo, segundo Canotilho.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

- Direitos humanos: são ligados aos valores liberdade e igualdade, e positivados no plano internacional.
- Direitos fundamentais: são os direitos humanos consagrados no plano interno, através da CF.
- Natureza dos direitos fundamentais: normas constitucionais positivas.
- Classificação:
  - a) Pela CF/88: os direitos fundamentais são gênero, com cinco espécies (Título II): direitos individuais; coletivos; sociais; de nacionalidade e políticos.
  - b) Pela doutrina (Jellinek): direitos de defesa; direitos a prestações e direitos de participação.
    - b.1) Defesa: são os que surgiram para defender os indivíduos contra arbítrio do Estado. Ligados à liberdade do indivíduo, com ca-

ráter negativo, pois exigem, sobretudo, uma abstenção do Estado (direitos individuais).

b.2) Prestacionais: o Estado fornece tanto prestações materiais (saúde, educação, moradia, etc.), quanto prestações jurídicas (segurança, acesso à Justiça, etc.). São direitos de natureza positiva, exigindo uma atuação do Estado (direitos sociais).

b.3) Participação: tem tanto um caráter positivo quanto negativo (direitos de nacionalidade e direitos políticos).

- Eficácia e aplicabilidade: o artigo 5º, da CF, diz que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Dependem, em grande parte, de seu enunciado. Muitos desses direitos estão consagrados em normas de eficácia limitada, em contraste com o art. 5º, § 1º. Ingo Sarlet diz que o art. 5º, § 1º, deve ser interpretado não como uma regra, mas como norma principiológica.
- Geração dos direitos fundamentais: alguns autores preferem falar em “dimensões”, pois “geração” dá idéia de substituição de uma pela outra, o que não seria correto.
  - a) 1ª Geração – Liberdade: as primeiras manifestações liberais surgiram com a burguesia, para limitar o poder do Estado absolutista. São conhecidos como direitos civis e políticos. Têm caráter negativo, exigindo uma abstenção do Estado (direitos de defesa). O principal destinatário é o Estado. São direitos individuais, que protegem o indivíduo em face do Estado.
  - b) 2ª Geração – Igualdade: luta do proletariado nas revoluções industriais (sociais, econômicas e culturais). Têm como objetivo diminuir as desigualdades existentes, além da liberdade. Não existe igualdade sem liberdade. Tem caráter positivo, exigindo uma atuação do Estado (direitos prestacionais). Observação: o termo Instituições varia para alguns autores: Paulo Bonavides diz que as garantias institucionais surgiram com os direitos de 2ª geração, pois tão importante quanto proteger os indivíduos é proteger as instituições essenciais à sociedade, como família, imprensa livre, etc.
  - c) 3ª Geração – Fraternidade ou solidariedade: nítida divisão do mundo entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (subdesenvolvidos), surgindo a necessidade de colaboração dos mais ricos aos mais pobres (direito ao progresso, direito de autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente saudável, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, etc.) – são considerados como direitos difusos, que pertencem a grupos indetermináveis de pessoas.

- d) 4ª Geração – Influência da globalização política na esfera jurídica (direitos à democracia; informação e pluralismo político).
- e) 5ª Geração – Direito a paz: segundo Paulo Bonavides, encontra-se no art. 4º, VI, da CF.
- Direitos e garantias dos direitos: segundo Ruy Barbosa, “direitos” são disposições declaratórias que imprimem existência legal a valores reconhecidos e declarados no plano normativo. “Garantias” são disposições assecuratórias, que protegem os direitos em face do Poder do Estado. Todos os instrumentos processuais são garantias.
- Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais:
  - a) Vertical: entre Estado e indivíduo – relação de subordinação, quando o Estado é o destinatário dos deveres, decorrentes dos direitos fundamentais.
  - b) Horizontal: ou privada, na relação entre indivíduos. Aplicam-se às relações privadas. O indivíduo é também destinatário dos direitos fundamentais.

Obs. Sobre a eficácia horizontal existem 3 teorias, segundo Daniel Sarmento:

1ª TEORIA: da ineficácia horizontal (doutrina do *state action*): para essa teoria, os direitos fundamentais não têm eficácia horizontal. A única norma norte-americana é a da Emenda 13, que acabou com a escravidão. A jurisprudência norte-americana não admite que o legislador aplique as normas nas relações privadas.

2ª TEORIA: de eficácia indireta e imediata dos direitos fundamentais (Alemanha): os direitos fundamentais só se aplicam às relações entre particulares depois de regulamentados pelo legislador que deverá conferir-lhes um tratamento adequado aos valores constitucionais. Para eles haveria uma aniquilação ao direito privado e subjugação das relações privadas.

3ª TEORIA: da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais (Portugal, Espanha, Itália e, em parte minoritária, na Alemanha): os direitos fundamentais aplicam-se às regras inter-privadas independentemente de intermediação legislativa. Aqui no Brasil, os tribunais aplicam diretamente os direitos fundamentais às relações inter-privadas. O art. 5º, § 1º, da CF e a ausência de poderes dos Poderes Públicos fortalecem essa doutrina no Brasil. Apesar dos direitos fundamentais terem eficácia horizontal, não tem tanta aplicabilidade nas relações do Estado. Deve-se sempre levar em conta o princípio da autonomia da vontade na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

- Colisão de direitos fundamentais: as regras e os princípios situam no campo da validade. Os princípios, segundo Robert Alexy, possuem o campo da importância, peso e valor. Nesse campo, parte-se do princípio que se dois princípios se colidem, ambos já passaram pelo campo da validade. Assim, a colisão dos direitos fundamentais é um conflito entre princípios no campo da importância, peso e valor. Somente diante do caso concreto é que se pode ponderar a importância de cada direito e qual prevalecerá. A maioria dos direitos fundamentais está implícita dentro de algum princípio. Por isso, o critério a ser utilizado será o do “juízo de ponderação”. Aberman é contra essa teoria do “juízo de ponderação”. Para ele, não há colisão de direitos fundamentais, argumentando que Alexy utiliza para os princípios modelo próprio dos valores. Contudo, a grande maioria adota a “teoria do juízo de ponderação”.
- Relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais:
  - a) Art. 1º, III, da CF: a dignidade da pessoa humana é um direito que todo ser humano possui, independentemente de qualquer requisito ou condição.
  - b) A fórmula do objeto: a dignidade da pessoa humana seria violada toda vez que o ser humano fosse tratado como um meio e não como um fim em si mesmo. Essa é a definição de Kant.
  - c) Aspecto subjetivo: a este tratamento como objeto, deve ser acrescentada a expressão de desprezo pelo ser humano. Se dignidade não é direito e sim fundamento, há dois argumentos sobre essa relação com os direitos fundamentais. Estes foram criados exatamente com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, que será o núcleo dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana irá conferir um caráter unitário e sistêmico aos direitos fundamentais. É o valor constitucional supremo.

#### **Direitos fundamentais em espécie:**

- Direitos e garantias individuais – art. 5º, *caput*, da CF: são destinatários os brasileiros natos, naturalizados, pessoa física, jurídica, estrangeiros residentes no País. José Afonso da Silva diz que os estrangeiros não residentes teriam que se socorrer dos tratados internacionais e não invocar o art. 5º. Mas a grande maioria, inclusive o STF, entende que todos que entrem em contato com o território nacional podem invocar os direitos individuais. Como a dignidade é um atributo que todo ser humano tem, independentemente de sua nacionalidade, os direitos individuais deverão ser estendidos a todas as pessoas: vida, liberdade, igualdade, segurança (jurídica) e propriedade.
- DIREITO À VIDA: art. 5º, *caput*, da CF – deve ser entendido como direito a uma vida digna. Deve ser conjugado com o art. 1º, *caput*, da

CF. Para uma 1ª teoria, o direito à vida começa com a concepção (com a fecundação) – é o que diz o “Pacto de San José da Costa Rica”. Para uma 2ª teoria, a vida só começaria a ser protegida a partir da formação do sistema nervoso, por volta do 14º dia. É o entendimento na Alemanha. O direito à vida não é absoluto, pois não há direitos absolutos. Todos são relativos. O art. 5º, XLVII, da CF admite a pena de morte, em caso de guerra declarada. Esta é uma nítida hipótese de relativização. Outra hipótese é o aborto (o sentimental e o necessário). Fernando Ferreira dos Santos defende que a dignidade é absoluta e que o aborto, nesses casos, não teria sido recepcionado pela CF. O aborto necessário é mais tolerável, mas o sentimental comporta discussões, por conflitar o princípio da liberdade sexual da mãe e o direito à vida do feto. O aborto proveniente de acrania ou anencefalia também é outra hipótese (vide ADPF nº 54 – nessa ação, pede-se que tal hipótese seja admitida, argumentando que a antecipação terapêutica do parto não é aborto – atipicidade da conduta); a interpretação evolutiva do CP dá a entender que ainda que essa hipótese fosse de aborto, não poderia ser punível. Desacordo moral razoável: é a ausência de consenso sobre opiniões racionalmente defensáveis (ou seja, quando se tem duas opiniões racionalmente defensáveis deve prevalecer a autonomia da vontade). Sobre as células tronco embrionárias está sendo discutido na ADI 3510, questionando-se a constitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105/2005, que permite tal pesquisa. O Procurador-Geral da República (na época de Cláudio Fontelles) argumenta que o embrião é uma pessoa cuja vida e dignidade seriam violadas se fossem admitidas essas pesquisas, partindo do pressuposto de que a vida se inicia com a fecundação/concepção. O argumento contrário a essa ADI é o de que os embriões pesquisados são aqueles inutilizáveis, sendo que a vida humana começa com a formação do sistema nervoso no 14º dia.

- DIREITO À PRIVACIDADE: art. 5º, X, da CF – o direito à privacidade engloba o direito à vida privada, intimidade, honra e imagem. Vida privada é que se contrapõe à vida pública. A intimidade consiste nos segredos pessoais (Ex. diário). Veda a chamada ligação clandestina, que nada mais é do que a gravação de uma conversa ou de uma cena pessoal, ambiental ou telefônica por um dos interlocutores sem que o outro tenha conhecimento ou por alguém a pedido de um deles. Em regra, não é admitida (art. 5º, XLVI, da CF), pois no caso dos direitos fundamentais depende do caso concreto, como nas hipóteses consagradas na jurisprudência do STF. Exceções:
  - a) Pelo réu, no processo penal, para sua defesa, uma vez que colide o direito de liberdade com o da intimidade. Serve apenas para a defesa e não para a acusação.
  - b) Gravação feita contra agentes públicos, pois seus atos devem pautar pela moralidade e publicidade (como no caso do policial que exige propina). Nestes casos, o agente público não precisa estar

em serviço, basta que ele esteja praticando o ato ou exigindo a vantagem na condição de agente.

- c) Gravação feita em legítima defesa – há excludente de ilicitude (contra seqüestradores, chantagistas ou estelionatários).
  
- INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO: art. 5º, XI, da CF – com o conhecimento do morador, qualquer pessoa, em qualquer horário, pode adentrar o domicílio. Sem o consentimento do morador, nos seguintes casos:
  - a) Quando houver perigo ou situação emergencial (flagrante, socorro, desastre).
  - b) Por determinação judicial (apenas durante o dia). Para José Afonso, dia é o espaço de tempo entre 6 e 18 horas, no sentido cronológico. No sentido físico-astronômico, considera-se o espaço de tempo entre o nascer e o pôr-do-sol (da aurora ao crepúsculo). Alexandre de Moraes entende que se deve adotar os dois critérios.

Obs. O mandado judicial que tem início de cumprimento durante o dia e prolonga-se pela noite é inválido, não sendo admitido pelo STF. O termo “casa” abrange consultórios, escritórios, compartimentos habitados, indústrias, estabelecimentos comerciais, quartos de hotel, etc.

Obs.2: Com relação aos fiscais tributários, o STF entende que a autoexecutoriedade da Administração perdeu lugar em face da proteção constitucional dada ao domicílio. Assim, os fiscais não poderiam entrar com o uso da força, devendo se utilizar do mandado judicial.

- PRINCÍPIO DA IGUALDADE: art. 5º, *caput*, da CF. – A CF veda que a lei discrimine as pessoas de forma arbitrária, preconceituosa, discriminatória. Deve-se analisar o critério discriminador, devendo estar a serviço de valores constitucionalmente protegidos. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que deve haver a existência de justificativa racional, para o critério. Para a doutrina estrangeira, a igualdade perante a lei é dirigida ao juiz (a lei será aplicada pelo juiz de forma igual para todos). Há diferenças entre igualdade formal e material:
  - a) Formal: remete-nos ao critério de justiça preconizado por Aristóteles: “igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades”.
  - b) Material: exige ações positivas por parte do Estado, para reduzir as desigualdades (art. 3º, III, da CF). As ações afirmativas não surgiram nos EUA e sim na Índia, em 1947. No Brasil, essas ações têm sido utilizadas para ao sistema de cotas. Tais ações são admitidas pela CF, pois visam diminuir as desigualdades. O critério para ser

utilizado na discriminação deve ser: objetivo, razoável e proporcional, não podendo ser discriminatório e preconceituoso.

A questão do concurso público, dentro do princípio da igualdade (vide art. 7º, XIX, da CF). Depende de previsão legal; decorrente da natureza das atribuições a serem exercidas; limite de idade (Súmula 683/STF). No caso de empate, prevalece o mais idoso (art. 77, da CF) dos candidatos.

Destinatários do princípio da igualdade: há distinção entre igualdade “perante” a lei e “na” lei. No primeiro caso, é o princípio da igualdade destinado ao aplicador da lei (juiz); no segundo caso, destina-se tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei. Aqui no Brasil, embora se fale em igualdade perante a lei, ela se destina a todos os Poderes Públicos, a toda a Administração. Aqui, o legislador também é destinatário da lei. Os particulares também são destinatários do princípio da igualdade, com observância de outro princípio: o da autonomia da vontade.

Embora homens e mulheres sejam iguais perante a lei, a própria CF estabelece algumas diferenciações. Mas a lei também pode estabelecer diferenciações, desde que para atenuar desníveis.

- DIREITO À LIBERDADE:
  - a) Manifestação do pensamento: art. 5º, IV e V, da CF – a liberdade pressupõe responsabilidade. A CF veda o anonimato, justamente para que haja responsabilização de quem viola direito de terceiros. É um direito que se exaure no momento exato de sua realização. No caso de “delação anônima” ou “disque denúncia”, em regra, não poderia ser admitida como prova formal, sendo considerada ilícita. Tais serviços servem apenas para que a autoridade tome conhecimento do fato e providencie as devidas investigações. A “teoria dos frutos da árvore envenenada”, neste caso específico, não é aplicada, pois segundo o STF a investigação é autônoma em relação à denúncia. Há hipóteses em que documentos apócrifos podem ser utilizados como prova: pelo réu, no processo penal ou quando o documento constitui o próprio corpo de delito (cartas no crime contra a honra, bilhete escrito pelo seqüestrador, etc).
  - b) Liberdade de informação: arts. 5º, IX, XIV e 220, da CF, bem como o art. 5º XXXIII. Possui quatro aspectos: receber e não receber informação; transmitir e não transmitir informação; devem ser observados a veracidade da informação (veracidade constitucional, ou seja, dentro da razoabilidade e da proporcionalidade), relevância e notoriedade públicas e a forma de transmissão da informação.

c) Liberdade de consciência e religiosa: art. 5º, VI e 55, da CF - consciência é a liberdade mais ampla, abrangendo a liberdade de crença. O Estado brasileiro é laico (não confessional ou neutro – art. 19, I). A escusa de consciência (art. 5º, VIII, da CF), abrange convicção religiosa, filosófica e política. Na obrigação legal imposta a todos, a exemplo do voto e serviço militar, pode ser alegada a escusa de consciência, desde que cumpra uma prestação alternativa, sem cunho sancionatório (norma constitucional de eficácia contida). Não cumprindo a obrigação imposta a todos ou a prestação alternativa, a pessoa sofre a sanção do art. 15, IV, da CF.

d) Liberdade de comunicação: art. 5º, XII, CF – divide-se em:

d.1) Sigilo de comunicação telefônica: ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Pode ser violado, desde que para proteger outros direitos, em nome do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

d.2) Sigilo de correspondência: o sigilo epistolar não deve ser utilizado como escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas. Em regra, a correspondência do preso não pode ser violada, mas somente em casos excepcionais. Até os Correios podem violar a correspondência, em casos de necessidade; ou o pai, em razão do poder familiar, em casos excepcionais, pode violar correspondência do filho.

d.3) Sigilo de dados: bancários, fiscais e telefônicos. O inciso X, da CF, protege o conteúdo dos dados e o XII protege a transmissão dos dados.

Gravação clandestina: quando um dos interlocutores grava sem o conhecimento do outro (inciso X).

Dados telefônicos: registros das ligações telefônicas realizadas aqui não têm relação ao conteúdo das ligações, mas a quem foi dirigida a ligação e quais os horários, etc. A quebra do sigilo de dados pode ser determinada pelo juiz; pela CPI (art. 58, § 3º, da CF); pelo MP (havendo interesse público). A Lei Complementar 105/2001 permite que a Receita Federal quebre o sigilo bancário de instituições financeiras.

Interceptação telefônica: gravação de uma conversa telefônica sem o conhecimento dos interlocutores. Só se permite a interceptação através de ordem judicial. A “cláusula da reserva de jurisdição” diz que determinados atos só podem ser submetidos ao Poder Judiciário, aplicável na interceptação telefônica; na hipótese do art. 5º, X (inviolabilidade do domicílio) e na hipótese do art. 5º, LXI (prisão). A lei que regula a interceptação é a 9.296/96 (na esfe-

ra cível ou nos crimes punidos com detenção, não se permite a interceptação telefônica) – é norma constitucional de eficácia contida (tem aplicação imediata, mas restringível pela citada lei).

- e) Liberdade de reunião e de associação: art. 5º, XVI e segs. , da CF – pontos em comum entre reunião e associação: pluralidade de participantes; fim pré-determinado. Diferenças: reunião tem caráter temporário e episódico; a associação tem caráter permanente; para a reunião não é necessária autorização.

Não dependem de autorização: liberdade de reunião; criação de associação e, na forma da lei, de cooperativas; criação de sindicatos (art. 8º, I, da CF) e de partidos políticos.

Atos gratuitos: direito de petição; obtenção de certidão (art. 5º, XXIV); assistência judiciária (art. 5º, LXXIV); certidão de nascimento e óbito (pobres, na forma da lei – art. 5º, LXXVI; HC, *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).

O art. 5º, XXI, diz que as associações quando expressamente autorizadas podem representar os associados judicial ou extrajudicialmente. É uma hipótese de representação processual. A associação pode, neste caso, representar direitos de apenas parte da categoria, desde que estejam relacionados aos fins da entidade.

O MS coletivo (art. 5º, LXX) pode ser impetrado pela associação, independentemente de autorização expressa dos associados. É hipótese de substituição processual ou legitimação extraordinária. Neste caso, basta uma previsão genérica do estatuto da entidade. O STF entende que o requisito de um ano para impetrar o mandado de segurança só é exigido da associação.

O sindicato, para defender interesse da categoria, não depende de autorização expressa. Também é caso de substituição processual ou legitimação extraordinária.

- DIREITO DE PROPRIEDADE: art. 5º, XXII e XXIII, da CF.
- a) Regime jurídico: tem sede constitucional. O Direito Civil apenas trata das relações civis decorrentes do direito de propriedade, segundo José Afonso da Silva. Se tiver sede constitucional, é direito público.
- b) Função social: art. 5º, XVIII, e 170, II, III, da CF – faz parte da própria estrutura do direito de propriedade. Não respeitada a função social, a propriedade pode sofrer desapropriação ou confisco. Os movimentos sociais (MST) não tem legitimidade para invadir propriedades, ainda

que estas não estejam cumprindo a sua função social. A função social da propriedade urbana está prevista no art 182, § 2º. Da propriedade rural, está prevista no art. 186.

c) Desapropriação: art. 5º, XXIV, da CF – competência legislativa da União (art. 5º, XXII, da CF). Pode ocorrer por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. A indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro, quando por necessidade ou utilidade pública. Exceções:

c.1) Art. 182, § 4º, III, da CF – TDP – Título da Dívida Pública.

c.2) Art. 184, da CF – TDA – Título da Dívida Agrária – imóvel rural que não cumpre sua função social .

c.3) Art. 184, § 1º, da CF – benfeitorias indenizáveis.

c.4) Art. 184, § 5º - isenta de impostos (e não tributos).

c.5) Art. 185, da CF – imóveis insuscetíveis de desapropriação para fins da reforma agrária.

d) Requisição:

d.1) Espécies: civis (art. 5º, XXV) e militares (art. 139, VII, da CF).

d.2) A indenização é sempre posterior e se houver dano. Diferenças: desapropriação recai sempre sobre bens; requisição recai sobre bens ou serviços; desapropriação está ligada a uma situação usual, permanente; a requisição está relacionada a uma situação transitória, emergencial. Na desapropriação ocorre a transferência da propriedade; na requisição apenas o seu uso ou ocupação ocorrem.

e) Confisco: art. 243, da CF – não há qualquer contraprestação. Art. 243, parágrafo único – confisco de bens adquiridos com o tráfico de drogas.

f) Usucapião: prazo de 5 anos, para imóvel urbano ou rural (posse mansa, pacífica, ininterrupta, não precária), mais dois requisitos: a pessoa não pode ter outro imóvel e o imóvel deve ser destinado à moradia da pessoa ou de sua família.

f.1) Urbano: máximo de 250 metros quadrados.

f.2) Rural: máximo de 50 hectares.

No caso do imóvel rural, ele deve ser produtivo. Não incide sobre imóveis públicos, urbanos ou rurais (art. 183, § 3º).

- SEGURANÇA JURÍDICA (GARANTIAS CONSTITUCIONAIS)
  - a) Princípio da legalidade: art. 5º, II, da CF – lei em sentido amplo (atos normativos primários, gerais e abstratos, consagrados no art. 59, da CF).
  - b) Lei em sentido material: normas gerais e abstratas e possuem conteúdo de lei (medida provisória).
  - c) Lei em sentido formal: aquelas emanadas do Poder Legislativo, que tem forma de lei.
  - d) Princípio da reserva legal: determinados assuntos só podem ser regulamentados por lei em sentido estrito (leis complementares e leis ordinárias).
  - e) Reserva legal absoluta: quando a matéria deve ser integralmente regulamentada por lei em sentido estrito.
  - f) Reserva legal relativa: quando a lei, apesar de em sentido formal, ser exigida na regulamentação, o legislador deixa uma margem de atuação para ser completada por atos infra-legais.
  - g) Princípio da reserva legal proporcional: a regulamentação deve ser feita com base no princípio da proporcionalidade, de modo a não violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.
  - h) Princípio da não retroatividade: art. 5º, XXXVI, da CF – a única Constituição que não consagrou este princípio foi a de 1937 (conhecida como “polaca”). Trata dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Quando previsto na CF vincula também o legislador; quando na lei, vincula o aplicador do direito. Exceções: art. 5º, XL, da CF (lei penal/leis fiscais – Súmula 654/STF e leis interpretativas).

Direito adquirido: definição dada pela LICC – art. 6º, § 2º:

Critério: finalidade da lei (incorporação); expressa referência.

Retroatividade mínima: quando uma constituição entra em vigor. Fato ocorrido no passado, mas continua a produzir efeito (ex. locação). Quando uma nova constituição entra em vigor ela atinge imediatamente os efeitos pendentes de fatos ocorridos no passado. É uma retroatividade automática.

Retroatividade máxima: atinge efeitos do passado, mas já consolidados (ex. prestações vencidas e já pagas).

Retroatividade média: atinge efeitos do passado não consolidados (ex. prestação vencida e não paga). Para a máxima e a média, a CF deve prever expressamente.

A interpretação feita por aqueles que entendem que a EC poderia violar direitos adquiridos é de que a palavra “lei” se refere apenas as leis em sentido estrito. Mas o entendimento prevalente é o de que “lei” é em sentido amplo, protegendo os direitos adquiridos tanto o legislador ordinário, quanto o derivado. Os direitos adquiridos não são absolutos.

#### Entendimentos do STF:

- Não há direito adquirido a regime ou estatuto jurídico nem ao estatuto da moeda.
- Direito adquirido à aposentadoria ocorre com o preenchimento dos requisitos, ainda que não tenha ocorrido o requerimento.
- A irredutibilidade de vencimento é uma modalidade qualificada de direito adquirido.

Ato jurídico perfeito: é o ato consumado ainda que não esteja exaurido. O entendimento do STF é no sentido de que o ato jurídico perfeito é oponível a todas as espécies de atos normativos e de leis, inclusive as de ordem pública.

Coisa julgada: não se aplica em interpretação constitucional e Súmula 343/STF. Em razão da demora da manifestação do STF sobre questões constitucionais, várias decisões em sentido diverso seriam proferidas, enfraquecendo a força normativa da CF. Com base no princípio da máxima efetividade, decisões cuja interpretação seja divergente daquela feita pelo STF, poderiam ser modificadas mesmo que tenham transitado em julgado.

### **DIREITOS SOCIAIS – art. 6º, da CF.**

- Finalidade: são direitos de 2ª geração (sociais, econômicos e culturais, ligados ao valor Igualdade). São direitos que exigem prestações positivas, ou seja, materiais e jurídicos do Estado. Sua finalidade é reduzir as desigualdades, protegendo os hipossuficientes.
- Implementação: dificuldade maior de implementação em razão do seu caráter prestacional.

- Aplicabilidade e eficácia: segundo o art. 5º, I, da CF, a aplicação é imediata, mas os direitos fundamentais obedecem aos princípios da máxima efetividade, devendo ser aplicado da melhor maneira possível. São normas de eficácia limitada, de princípio programático.
- “Mínimo existencial” e “reserva do possível” – o primeiro significa o conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida humana com dignidade (Ricardo Lobo Torres). Para Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos, o mínimo existencial deve englobar três direitos: saúde, educação fundamental e moradia. O segundo (reserva do possível) depende da reserva orçamentária e financeira do Estado. Em razão dos direitos sociais exigirem prestações materiais e jurídicas por parte do Estado e sua implementação, em muitos casos, fica condicionada às limitações financeiras e orçamentárias do Estado. O Poder Judiciário pode e deve intervir nessas questões, para resguardar os valores previstos na CF. A reserva do possível pode ser invocada quando houver um critério objetivamente aferível. O mínimo existencial não se submete à reserva do possível; o Estado deve estabelecer como meta prioritária a garantia do mínimo existencial.

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**Controle difuso:** tem por objetivo prevenir lesões a direitos concretos.

**Controle concentrado:** na esfera federal, compete ao STF; na esfera estadual, ao TJ. O objetivo é assegurar a supremacia da CF. Aqui há legitimados, e não partes.

**Decisão de mérito no controle concentrado (EC 03/93, criou a ADC – Lei 9.868/99).**

**ADI e ADC:** caráter dúplice e ambivalente (quando uma é julgada procedente, implica na improcedência da outra) – efeitos *erga omnes* e vinculante.

**Modulação temporal dos efeitos da decisão:** regra geral, o efeito é *ex tunc* (retroativo). Pode, porém, ser dado efeito *ex nunc* (não retroativo) ou *pro futuro* (presente 2/3 dos ministros = 8). Para a declaração *ex tunc* basta a maioria absoluta (6 ministros) – esses efeitos são utilizados em respeito ao princípio da segurança jurídica; excepcional interesse social.

**Efeito *pro futuro*:** pode ser dado esse efeito, por exemplo, no caso de haver número reduzido de vereadores, podendo ser aguardada as próximas eleições (futuro) para que atinja seus objetivos, no caso de não haver má-fé dos eleitos.

**Técnicas para decisão:** art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

1ª) princípio da interpretação conforme a CF (princípio da supremacia e da presunção de constitucionalidade das leis – pressupostos).

2ª) declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

Obs.: os juizados especiais não precisam observar a cláusula da reserva de plenário para as declarações de inconstitucionalidade.

**Declaração de inconstitucionalidade com redução de texto:** pode ser total ou parcial (o STF atua com legislador atípico negativo) – pode ser declarada inconstitucional uma palavra ou uma expressão, desde que não mude o sentido da frase.

**Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração:** dá-se quando a inconstitucionalidade de um dispositivo gera o de outros.

**Efeito vinculante:** o efeito *erga omnes* se refere ao dispositivo da decisão. Já a eficácia vinculante se refere não só ao dispositivo, mas também aos fundamentos da decisão e aos princípios por ela consagrados. O efeito vinculante possui dois limites: subjetivos e objetivos. Os subjetivos referem-se às autoridades afetadas pela decisão (todo o Poder Judiciário, com exceção do STF e toda a Administração Pública).

**Limites objetivos do efeito vinculante:** aplicado tanto ao dispositivo quanto aos fundamentos da decisão (princípio da força normativa da CF).

**Os fundamentos:** nas decisões proferidas no controle difuso (*inter partes*), há efeito vinculante (nesse caso, segundo Gilmar Mendes, o Senado deveria dar publicidade)

Obs.: Fossilização da CF: se o Legislativo ficasse vinculado às decisões do STF, a CF não evoluiria, ficaria petrificada, sem se poder criar novas leis.

**Conceito:** conjunto de órgãos e instrumentos criados para assegurar a supremacia formal da CF (se ela for rígida, portanto, escrita).

**Sistemas de controle:** no direito comparado:

- a) Político: quem exerce o controle é um órgão político ou do Legislativo.
- b) Jurisdicional: o Poder Judiciário tem o controle principal.
- c) Misto: controle das leis federais é político e constitucional para as leis locais.

**Formas de inconstitucionalidade:**

- a) Tipo de conduta: por ação e por omissão (normas de eficácia limitada).
- b) Quanto à norma constitucional ofendida: Formal (o vício de procedimento, que pode gerar uma inconstitucionalidade objetiva ou subjetiva). Subjetiva (sempre que o sujeito for incompetente para praticar o ato) – vide Súmula 05 do STF: não mais aplicada, pois o vício de iniciativa é insanável. Objetiva (quando uma matéria é tratada como lei ordinária, sendo que teria que ser como lei complementar ou quando o quorum não é observado). Material (quando a norma de fundo não é observada).

- c) Quanto à extensão: Total (toda lei ou todo ato forem inconstitucionais). Parcial (parte da lei ou do ato for inconstitucional). Recai sobre uma palavra ou uma expressão (não confundir com o veto do Presidente da República).
- d) Quanto ao momento: Originária (marco: 05/10/1988 – é inconstitucional a lei que surge após a CF). Se a norma for anterior, a inconstitucionalidade é superveniente (o STF não adota essa terminologia – no caso, a norma é simplesmente revogada).
- e) Quanto ao prisma de apuração: Direta (quando o ato está ligado diretamente à CF; o ato pode ser objeto de ADI ou ADC). Indireta (ato interposto entre a CF e o ato violador; não pode ser objeto de ADI ou ADC). Sendo a lei inconstitucional, a inconstitucionalidade do Decreto é conseqüente da inconstitucionalidade da lei. Sendo a lei constitucional, mas exorbitante, o Decreto é ilegal, mas indiretamente é inconstitucional (inconstitucionalidade reflexa).
- f) Inconstitucionalidade “progressiva” ou norma “ainda constitucional”: art. 68, do CPP, Defensoria Pública (art. 134, da CF), ART. 5º, § 4º, da Lei 1060/50 - trata-se de uma situação intermediária entre a constitucionalidade plena e a absoluta, na qual as circunstâncias fáticas, vigentes naquele momento, justificam a manutenção da norma. Apelo ao legislador: feito pelo Judiciário para que o legislador corrija a situação, antes que ela se torne definitivamente inconstitucional.

Obs. A União, assim como alguns Estados, já sancionaram as leis que regulamentam a Defensoria Pública, a exemplo do Tocantins. Antes as Defensorias existiam, mas não estavam sob a égide de uma lei que as regulamentavam.

- g) Normas de referência ou norma parâmetro: - Bloco de constitucionalidade - servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. A norma deve ser formalmente constitucional. .
- h) Formas de controle:

h.1) Preventivo: (tem por objetivo prevenir uma lesão, antes que ela ocorra – Ex. projeto de lei, antes de se tornar lei). Poder Legislativo: através das Comissões de Constituição e Justiça. Executivo: através do veto jurídico. Judiciário: exerce esse controle por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar, quando houver inobservância do devido processo legislativo constitucional (o proponente deve ser um parlamentar da Casa onde esteja tramitando o projeto) – é hipótese de controle difuso.

h.2) Repressivo: exercido pelo Poder Legislativo (o elenco do art. 59, da CF, é considerado ato normativo primário, sujeito a ADI). Art. 5º 49, V, da CF (decretos e regulamentos); art. 68, da CF (lei delegada); art. 62, da CF (medida provisória – o Poder Legislativo pode rejeitá-la se entendê-la inconstitucional, nos casos de não serem atendidos os requisitos relevância e urgência ou quando o conteúdo da medida

provisória violar a CF ou for vedada por ela); Súmula 347/STF (tribunal de contas pode apreciar a constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público). O controle repressivo pelo Poder Executivo: o chefe do Executivo pode negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional. Para que não haja crime de responsabilidade, precisa motivar e dar publicidade ao ato. O STJ diz que o chefe do Executivo deve negar o cumprimento de uma lei que entenda inconstitucional. O controle repressivo pelo Poder Judiciário: “cláusula da reserva de plenário” – art. 97, da CF – os órgãos fracionários não devem apreciar inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais. Também podem ser apreciadas inconstitucionalidades pelo órgão especial, no tribunal com mais de 25 membros, formado por, no mínimo, 11 e no máximo 25 integrantes, com delegação de função administrativa e jurisdicional. Exceções à reserva de plenário: art. 481, parágrafo único, do CPC – quando o próprio tribunal já houver apreciado a constitucionalidade, através de suas câmaras e turmas; ou quando o STF já tiver apreciado a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do controle difuso. A não observância da cláusula de reserva de plenário gera nulidade absoluta.

### Exercício do controle jurisdicional

- a) Sistema difuso (norte-americano de controle) ou concreto, ou aberto, ou incidental, por via de defesa, por via de exceção. Qualquer juiz ou tribunal têm competência para exercê-lo. Chama-se concreto porque só cabe quando há violação de um direito concreto. Incidental, porque a análise da constitucionalidade é feita apenas de forma incidental. O efeito da decisão será inter-partes (entre as partes envolvidas).
- b) Sistema concentrado (austríaco de controle) ou abstrato, ou reservado, por via de ação – concentra-se apenas um tribunal. Em âmbito federal, no STF; no âmbito estadual, no TJ. A análise é feita “*in abstracto*”. O objeto principal da ação é o controle da constitucionalidade, ao contrário do que ocorre no controle difuso, que tem por objeto um direito concreto.

### Observações:

- Modulação dos efeitos temporais: a decisão pode ter efeito *ex tunc* (retroativo) e *ex nunc* (irretroativo) e *pro futuro*. No controle difuso ou no concentrado, a regra geral é o efeito *ex tunc*. Os outros efeitos são utilizados em nome da segurança jurídica.
- Lei inconstitucional, se considerada um ato nulo, a natureza da decisão será declaratória. Se considerada um ato anulável (presunção de constitucionalidade). A decisão terá natureza desconstitutiva ou constitutiva-negativa.

- Efeito vinculante no controle difuso: o efeito inter-partes ou *erga omnes* refere-se apenas ao dispositivo da decisão. O efeito vinculante refere-se, além do dispositivo, também aos motivos que determinaram a decisão e aos princípios por ela consagrados. O efeito vinculante atinge todas as normas paralelas (vide RE 197.917/SP e HC 82959/STF). Decisão do tribunal divergente à do STF gera reclamações para o próprio STF.
- Competência do Senado (art. 52, X, CF):
  - a) Só se aplica ao controle difuso.
  - b) Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o ato do Senado é discricionário; Celso Bastos e Zeno Veloso entendem que se trata de ato vinculado. Predomina o primeiro entendimento.
  - c) O Senado pode suspender a execução da lei, no todo ou em parte. Contudo, o Senado sempre suspende nos exatos limites adotados pelo STF. O Senado deverá seguir a medida adotada pelo STF, dentro dos seus limites.
  - d) O Senado pode suspender lei federal, estadual ou municipal, não ofendendo o princípio federativo, já que tem legitimidade para atuar em caráter nacional, visto que os senadores representam os Estados.
  - e) Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o papel do Senado seria apenas o de dar publicidade à decisão do STF.

### **Peculiaridades do controle concentrado**

- Natureza híbrida: judicial e legislativa (em algumas hipóteses o STF atua como legislador atípico).
- Processo objetivo: não existem sujeitos, mas legitimados. Há apenas uma exceção: na ADI Interventiva o processo é subjetivo, pois há partes (na federal, União e Estado; na estadual, Estado e Município).
- Segundo o STF, não cabe no controle concentrado: desistência, assistência, intervenção de terceiros, recurso (exceto os embargos declaratórios) e ação rescisória.

### **ADI Genérica – art. 102, I, 'a', da CF (Lei 9.868/99)**

- Competência do STF, para o controle da lei federal ou estadual, em face da CF. No âmbito estadual, o controle se faz de lei estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF).
- Não tem partes, sujeitos, mas legitimados (art. 103, da CF). Alguns são chamados “universais” e “especiais”. A diferença entre eles diz respeito à pertinência temática, à qual estão submetidos os legitimados especiais, ou seja, a

relação entre o direito defendido e o interesse. Todas as autoridades federais são legitimados universais, não sujeito à pertinência temática (presidente da República; Procurador-Geral da República; Mesas do Senado e da Câmara). As autoridades estaduais são legitimados especiais, sujeitos à pertinência temática (governador de Estado e do Distrito Federal, Mesas das Assembléias dos Estados e Câmara Legislativa do Distrito Federal). Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional tem que demonstrar pertinência temática. Partido político é legitimado ativo universal (não sujeito à pertinência temática). O Conselho Federal da OAB, embora represente classe, é legitimado ativo universal.

- Segundo o STF, a legitimidade dos partidos políticos deve ser aferida no momento da propositura da ação, não a perdendo se o partido perde a representação durante a ação, no Congresso Nacional.
- O STF admite associações compostas por pessoas jurídicas (associação de associações).
- O STF diz que não tem capacidade postulatória apenas os partidos políticos, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional (necessitam de representação por advogado).
- A legitimidade ativa é a mesma na ADI, ADC e ADPF. Exceção: na ADI Interveniva o legitimado é apenas o Procurador-Geral da República.

#### **Objeto da ADI – Limitações:**

- A natureza do objeto (também em relação à ADC) é a essência, o que significa para o Direito. Deve ser ato normativo primário; deve ser ato geral e abstrato. O STF não admite ADI dos seguintes atos:
  - a) Atos tipicamente regulamentares.
  - b) Leis de efeitos concretos (leis orçamentárias).
  - c) Questões *interna corporis* (dentro de um determinado Poder, geralmente próprios de regimento interno – pode ser objeto de ADI desde que a norma esteja ligada à CF e não apenas às questões internas).
  - d) Normas constitucionais originárias (princípio da unidade da CF).
- Limitação temporal: o ato deve ser posterior a 05 de outubro de 1988 (promulgação da CF). Na ADPF o ato pode ser anterior ou posterior à CF.
- Limitação espacial: o ato deve emanar ou do espaço federal ou estadual. Se o ato for do Distrito Federal, pode ter conteúdo estadual ou municipal. Se o conteúdo for estadual, pode ser objeto de ADI. Se municipal, não (pode ser o ato municipal objeto de controle perante a lei orgânica do DF). Observação: o

vice-presidente ou vice-governador podem propor ADI quando no exercício do cargo.

- ADC – esfera federal
- ADI – esferas federal e estadual.
- ADPF – esferas federal, estadual e municipal.

**Procurador-Geral da República – art. 103, § 1º, da CF:** não precisa ser formalmente intimado de todos os atos, basta que tenha conhecimento da ação. Atua como *custus legis* na ADI, mesmo quando a ação é proposta por ele. Não pode desistir da ação, mas pode emitir parecer contrário, mesmo quando a ADI é proposta por ele (como no caso de ser substituído, alteração de circunstâncias fáticas, entendimento jurídico diverso).

**Advogado-Geral da União – art. 103, § 3º, da CF:** só há citação do AGU na ADI genérica. É um *defensor legis*, e tem como função defender a lei ou ato impugnado – curador do princípio da presunção de constitucionalidade, com uma exceção: se o STF já houver se manifestado pela inconstitucionalidade da lei ou do ato, o AGU não será obrigado a defender.

***Amicus curiae* – Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º.:**

Requisitos: relevância da matéria e representatividade do postulante. Existe desde a década de 70, na Lei da CVM.

Natureza jurídica: 1ª corrente: intervenção de terceiros especial ou qualificada (Dirley da Cunha Júnior, Edgar Bueno, Celso de Mello, Marco Aurélio). 2ª corrente: não se trata de intervenção de terceiro (Gilmar Ferreira Mendes, Fredie Didier – entendem que é um auxiliar do juízo). Admite-se, também, o *amicus curiae*, no controle difuso (art. 482, § 3º, do CPC) – caso famoso no STF: anti-semitismo – Celso Lafer atuou como *amicus curiae* (cabe sustentação oral pelo *amicus curiae* – seu objetivo é pluralizar o debate constitucional, democratizando-o).

**Medida cautelar na ADI Genérica – art. 102, da CF e Lei 9.868/99, art. 10 e segs.**

- Deve ser concedida pelo pleno e não pelo relator, com uma exceção: quando estiver em período de recesso, caso em que será a ADI concedida pelo presidente do STF.
- No caso de perigo de lesão ou grave urgência, o presidente do STF não pode conceder medida cautelar, somente o Pleno.
- Os efeitos da medida cautelar são os seguintes:
  - a) Temporal: regra geral. Por se tratar de medida precária, o efeito é *ex nunc* e *erga omnes* e vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

rio, exceto o STF; vincula, também, toda a Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer esfera. Contudo, o Poder Legislativo não fica vinculado, sob pena de ocorrer o fenômeno da “fossilização” da CF, impedindo o legislador de legislar sobre um mesmo tema discutido na ADI.

- b) Suspende a lei e todos os processos que discutam a inconstitucionalidade dessa lei.
- c) Efeito repristinatório tácito: a lei que antes regulava a matéria volta a vigorar.

#### **Casos em que é cabível a medida cautelar:**

- a) ADC, com efeito de paralisar os processos em curso, nos quais a constitucionalidade da lei esteja sendo questionada, no prazo de 180 dias.
- b) ADPF (lembrar ADPF/54, aborto em caso de anencefalia).
- c) ADI Genérica.

#### **Não é cabível medida cautelar:**

- a) ADI Interventiva.
- b) ADI por omissão.

Observação: a medida cautelar e a decisão de mérito somente começam a produzir efeitos a partir da publicação no Diário Oficial, tendo em vista que funcionam como uma lei, com efeito *erga omnes*, devendo, por isso, ser dado ciência a todos.

#### **Decisão de mérito:**

- Quorum de votação de 2/3 (8 ministros do STF), tanto para a ADI como para a ADC.
- Quorum de julgamento: maioria absoluta.
- Efeitos da decisão de mérito:
  - a) Temporal – *ex tunc* (regra geral). Para modular o efeito da decisão (mudar o efeito), o STF necessita do voto de 2/3 de seus membros, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social – art. 27, da Lei 9.868/99.
  - b) Erga omnes e vinculante – O efeito *erga omnes* diz respeito apenas à parte dispositiva da decisão. O vinculante refere-se, além do dispositivo, aos motivos que determinaram a decisão e aos princípios por ela consagrados. O efeito vinculante foi introduzido no Brasil com a EC 03/93, que trata da ADC, estendido através da Lei 9868/99 a ADI. A EC 45 alterou a CF

para introduzir à ADI o efeito vinculante – art. 102, § 2º, da CF. Vincula o Poder Judiciário (exceto ao STF), o Executivo (mas não vincula o Legislativo) – vide comentário aos efeitos da medida cautelar.

- c) Objetivo - efeitos transcendentais dos motivos determinantes. Interpretações divergentes enfraquecem a “força normativa da CF”, como ensina Gilmar Mendes.

#### **Técnicas de decisão judicial – art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99:**

- a) Princípio da interpretação conforme a CF – confere-se um sentido e afasta os demais.
- b) Declaração de nulidade: sem redução de texto e com redução de texto (total ou parcial).
- c) Inconstitucionalidade por atração ou por arrastamento significa que o artigo tido como inconstitucional pode atrair ou “arrastar” os outros que dele dependem, mesmo que não tenha sido questionada a inconstitucionalidade destes.

#### **ADI Interventiva Federal – art. 35, IV, da CF**

- Será utilizada nos casos de recusa a execução de lei, ordem ou decisão judicial e violação aos princípios da Constituição Estadual.
- Pode ser proposta apenas pelo Procurador-Geral de Justiça (Súmula 614/STF).
- Competência do TJ para o julgamento.

#### **Peculiaridades entre ADI por omissão e Mandado de Injunção**

- ADI por omissão está prevista no art. 103, § 2º, da CF;.
- MI está previsto no art. 5º, LXXI, da CF.
- ADI: controle concentrado.
- MI: controle difuso limitado.
- ADI: competência do STF e do TJ.

- MI: juízes e tribunais com competência expressamente prevista na CF, CE ou na lei (STF, STJ, TSE e TRE).
- ADI: tem como parâmetro a “síndrome da inefetividade” – normas constitucionais de eficácia limitada (princípios institutivo e programático).
- MI: legitimidade ativa: qualquer pessoa que tenha o seu direito inviabilizado pela ausência de norma reguladora. Tem como parâmetro os direitos fundamentais, de nacionalidade e políticos (normas constitucionais de eficácia limitada, segundo o STF).
- ADI: na decisão de mérito, o STF dá ciência ao Poder competente, da omissão. Órgão administrativo: 30 dias; fixa a mora do prejudicado, que pode pedir indenização pelos danos morais causados; não cabe medida cautelar.
- MI: na decisão de mérito há os seguintes tipos de procedimento:
  - a) Corrente concretista: subdivide-se em geral (o Judiciário fará a norma, suprimindo a omissão, com efeito *erga omnes* – esta corrente não é aceita); individual (o Judiciário fará a norma para o indivíduo que ajuizou a ação); intermediária (junção da concretista individual e a não concretista, em que o Poder Judiciário dá ciência sobre a omissão, no prazo de 120 dias. Se neste prazo não for suprida a omissão, o Judiciário faz a norma no caso concreto).
  - b) Corrente não concretista: adotada pelo STF – o Judiciário deve apenas dar ciência ao Poder competente sobre a omissão (fixa mora, podendo o indivíduo ajuizar ação de indenização pelos danos sofridos).

Obs. O Mandado de Injunção é auto-aplicável, utilizando-se o procedimento previsto para o Mandado de Segurança; não se admite concessão de liminar no MI admite-se o MI coletivo (os legitimados são os mesmos do MS coletivo – art. 5º, LXX, da CF).

#### **ADC – Ação Direta de Constitucionalidade – art. 102 e segs., da CF.**

- Criada através da EC 03/93.
- A ADC é uma ADI com “sinal trocado” (caráter dúplice ou ambivalente). A competência para julgá-la é a mesma da ADI; os legitimados também são os mesmos.
- Objeto: a natureza é a mesma da ADI. Contudo, o limite temporal é a partir de 17 de março de 1993; o limite espacial diz respeito unicamente à CF.
- Cabe medida cautelar com efeito de paralisar os processos em curso, nos quais a constitucionalidade esteja sendo discutida (prazo de 180 dias).

## Pressuposto para o cabimento da ADC

- Existência de controvérsia judicial relevante (art. 14, III, da Lei 9868/99)
- Abreviar o tempo de pronúncia pelo STF.

## ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – art. 102, § 1º, da CF

- Norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo. Aplicada após a regulamentação legal – Lei 9882/99.
- Legitimidade ativa: sendo instrumento de controle concentrado, a lei traz como legitimados ativos os mesmos que podem propor a ADI (art. 103, da CF).
- Competência do STF, em controle concentrado.
- A ADPF é uma arguição de descumprimento, portanto não analisa inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como na ADI. “Descumprimento” é mais amplo, englobando qualquer ato, anterior ou posterior à CF/88 (o ato deve ser do Poder Público).
- Parâmetro: preceitos fundamentais, isto é, para que a ADPF seja cabível é preciso que haja o descumprimento de um preceito considerado fundamental. O ministro Nery da Silveira entende que só o STF tem o poder de analisar quais são os preceitos fundamentais, como guardião da CF. “Preceito” é modo de agir estabelecido por uma norma. Pode ser tanto um princípio quanto uma regra.
- Para o STF, são preceitos fundamentais: direitos e garantias individuais; princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF); cláusulas pétreas (art. 60, IV, da CF).
- Caráter subsidiário: um dos pressupostos para o cabimento da ADPF, previsto na Lei 9882/99, em seu art. 4º, III. Só caberá ADPF quando não existir outro meio eficaz para sanar a decisão, não bastando a existência do meio em potencial, mas que seja efetivamente eficaz.
- *Amicus curiae*: a rigor, está previsto apenas para a ADI (Lei 9868/99, art. 7º, II). Duas decisões do STF admitem a figura do *amicus curiae*, por analogia, na ADPF (*analogia legis*).
- Hipóteses de cabimento da ADPF, segundo o STF:
  - a) Arguição autônoma – prevista no art. 1º, *caput*, da Lei 9882/99.

- b) Arguição incidental – prevista no art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9882/99. Surge a partir de um incidente no caso concreto. A ADI 2231, proposta pela OAB, questiona a constitucionalidade de todos os artigos da Lei da ADPF. Nery da Silveira, em liminar, disse que deve ser feita uma interpretação conforme a CF para afastar, desta modalidade, questões concretamente já postas em juízo.
- Objeto da ADPF incidental: observar o tempo de pronúncia pelo STF, antes do julgamento final da ação originária. O STF discute apenas questões constitucionais.
- Objetivo da ADPF: para evitar ou reparar lesão decorrente de ato do Poder Público ou de lei ou ato normativo. Um primeiro entendimento, segundo o jurista André Ramos Tavares, é de que há dois objetos distintos: ato do poder público (ADPF autônoma) e lei ou ato normativo (ADPF incidental). Dirley da Cunha Júnior entende que não existem duas modalidades de ADPF, mas apenas dois procedimentos, não podendo existir, por isso, dois objetos – segundo ele, tudo seria ato do Poder Público.
- Não são considerados atos do Poder Público, segundo o STF (portanto, não podem ser objeto de ADPF):
  - a) O veto;
  - b) A Súmula;
  - c) A PEC – Proposta de Emenda Constitucional.
- Decisões na ADPF:
  - a) Liminar: o relator poderá conceder em caso de recesso e nos de extrema urgência ou perigo de grave lesão (art. 5º, I, da Lei 9882/99)
  - b) Mérito: o mesmo procedimento da ADI e ADC – efeito *erga omnes*, vinculante (exceto para o STF). Regra geral: eficácia *ex tunc*.

**O Recurso Extraordinário como instrumento de controle concentrado – art. 102, § 3º, da Constituição Federal.**

- Art. 125, § 2º, da CF – competência do TJ, tendo por objeto lei ou ato normativo estadual ou municipal e o parâmetro é apenas a Constituição Estadual. Se a norma da CE for de repetição obrigatória, da decisão do TJ caberá Recurso Extraordinário para o STF, que irá analisar, gerando o controle concentrado através do RE (normalmente, o controle através de RE é o difuso). Na decisão proferida pelo STF, em razão do efeito vinculante, nenhuma outra lei municipal, que tenha o mesmo conteúdo da que foi declarada inconstitucional, poderá ser aplicada.

Em 1690 John Locke em “O Segundo Tratado do Direito Civil”, deu os primeiros contornos teóricos de Estado. Em 1748 Montesquieu elaborou a divisão orgânica do Estado. Em 1762 Rousseau escreve “O Contrato Social”, relação abstrata entre o indivíduo e o Estado.

PODER: capacidade, aptidão, possibilidade de impor vontade de terceiro. O Estado exerce o poder político, ou seja, a possibilidade de impor a “violência legítima”.

### **Poder na Constituição Federal**

**Significando soberania:** art. 1º, parágrafo único, da CF. Soberania que dizer poder político, supremo e independente (Marcelo Caetano). “Supremo” quer dizer que, na ordem interna, não existe poder maior que a soberania. Na ordem internacional, o Brasil não obedece a ordens, regras, de outros países (isso é independência). Na democracia, o povo é o titular do poder (a nossa democracia é semi-direta, participativa). O povo exercendo o poder diretamente:

Consulta popular (plebiscito, referendo)

Tribunal do Júri: art. 5º, XXXVIII

Ação popular art. 5º, LXXIII.

Iniciativa popular art. 61, § 2º.

**Significando órgão:** art. 2º, da CF, c/c art. 127 (Legislativo, Executivo, Judiciário) – Montesquieu.

**Significando função:** função legislativa (art. 44); função executiva (art. 76); função jurisdicional (art. 127).

**Estado:** sociedade politicamente organizada, dotada de um território, de um povo e de objetivos determinados. Estado não é sinônimo de país, de nação ou pátria. País é o habitat, o componente espacial do Estado. Também não é sinônimo de nação. Esta é o conjunto de pessoas ligadas pelos laços culturais. Pátria não é conceito jurídico; é um sentimento; terra do pai; é uma espécie de emoção (art. 142, CF).

### **Elementos constitutivos ou estruturais do Estado**

**Poder:** soberania; organização

**Território:** componente espacial do Estado. É o espaço no qual o Estado exerce a sua soberania, a sua jurisdição. Duas espécies:

Por extensão ou por ficção jurídica

Em sentido real: propriamente dito ou em sentido estrito. Fronteiras, espaço aéreo, mar territorial, plataforma continental. Sobre mar territorial, vide Lei 8.617/93. O mar territorial corresponde a 12 milhas náuticas ou marítimas. Após o mar territorial temos mais 12 milhas, chamada zona contígua. A zona economicamente exclusiva é igual a 12 milhas + 200 milhas (para Pedro Lenza). Para outros autores, começa a contar as 200 milhas a partir da costa (Obs.: 1 milha = 1852 metros).

**Povo:** componente humano.

**Passagem inocente** pelo território é transitar pelo mar territorial sem ter como destino a costa brasileira (quem nasce em navio nessas condições não é brasileiro nato).

**Plataforma continental:** solo e subsolo do mar territorial (art. 20, V).

**Território ficto ou por extensão:** é preciso atentar para o fato de que a representação diplomática não constitui território por extensão. Exemplos de território ficto ou por extensão:

- a) aeronave pública nacional, onde quer que esteja
- b) embarcação pública nacional
- c) aeronave particular nacional, no espaço aéreo nacional e no internacional
- d) embarcação particular nacional, no mar territorial nacional ou internacional (art. 5º, § 1º, CP).

### **Objetivos e finalidades do Estado**

**Forma de Estado:** quando há pessoas jurídicas com capacidade política dentro de um território. Se existir uma única pessoa jurídica política, o Estado é unitário. O Brasil possui vários: Congresso, Parlamento (Assembléia), Câmaras. O nosso é um Estado composto (três pessoas jurídicas com capacidade política). O Estado unitário pode ser puro, sem descentralização política ou administrativa. Outros Estados unitários são descentralizados administrativamente. O nosso, que é composto, foi criado historicamente (vide livro "1776").

### **Diferenças entre federação e confederação**

- a) Na confederação as unidades parciais têm direito de cessação (separação). Na federação não há esse direito.
- b) Na confederação as unidades parciais são soberanas, diversamente do que ocorre nas federações, que são autônomas.
- c) A união, o pacto, na confederação, é firmado em Tratado internacional. Na federação é firmado na Constituição.

### **Características da federação**

- a) Indissolubilidade do vínculo – art. 1º, CF – os Estados-membros não têm direito de separação (art. 34, I, da CF) – vide Lei 7.170/83 e art. 109, IV, da CF.
- b) Divisão constitucional de competência – arts. 21, 22, 25, 29 e 32, da CF.
- c) Participação das unidades parciais na formulação da vontade geral – arts. 45 e 46, da CF.
- d) Existência de um tribunal constitucional para a manutenção do pacto federativo – art. 102, CF.
- e) Rigidez constitucional – art. 60, § 4º, da CF.

A federação americana é centrípeta (13 ex-colônias independentes). A nossa é centrífuga (ou por desagregação), um Estado unitário que se dividiu. A nossa federação é de 3º grau, ou seja, possui três pessoas jurídicas com capacidade política (União, Estados, Municípios). Para o professor José Afonso da Silva, o Município não faz parte da federação, sendo apenas uma divisão territorial administrativa dos Estados-membros. O professor Paulo Bonavides, no livro "Ciência Política", discute sobre novas formas de federação.

**FORMAS DE GOVERNO** – de que maneira e por quem o poder é exercido dentro do território.

- a) Monarquia: governo de um só. Se viciada, torna-se tirania.
- b) Aristocracia: governo de mais de um, porém poucos. Se viciada, torna-se oligarquia.
- c) República: governo de muitos. Se viciada, torna-se demagogia.

A partir de “O Príncipe”, de Maquiavel, a Monarquia passou a ser hereditária, vitalícia e irresponsável. A República, passou a ser eletiva, temporária e responsável. No art. 1º, da CF, quer dizer também “coisa” (res) “do povo” (pública). A forma de governo não é cláusula pétrea, mas princípio constitucional sensível (Raul Machado Horta: normas centrais federais – art. 34, CF).

**SISTEMAS DE GOVERNO** – de que forma se relacionam Executivo e Legislativo.

- a) Presidencialismo: uma única autoridade exerce a função executiva (chefe de Estado e chefe de Governo). No parlamentarismo, duas ou mais autoridades exercem função executiva. No presidencialismo existe independência do Executivo em relação ao Legislativo, diversamente do que ocorre no parlamentarismo. Como chefe de Estado, o Presidente defende a unidade nacional (pacto federativo) – art; 84, VII, VIII, CF. Como chefe de Governo, o Presidente exerce a chefia da Administração Pública superior.
- b) Parlamentarismo: possui três tipos:
  - Monárquico constitucional: rei, imperador, monarca (chefe de Estado); 1º ministro (chefe de Governo) – Inglaterra, Espanha.
  - Republicano: presidente da República (chefe de Estado); 1º ministro (chefe de Governo) – França, Israel, Itália. O Brasil já foi parlamentarista, de setembro de 1961 a fevereiro de 1963. Nessa época, o 1º ministro foi Tancredo Neves e o Presidente da República, João Goulart. Também o foi antes do segundo reinado, antes da antecipação da maioria de Dom Pedro II.
  - Dual: duas autoridades exercendo as funções executivas (chefe de Estado e de Governo).

**Povo** (ratatuaia, choudra, plebe, patuléia) – não é sinônimo de população ou habitante (estrangeiros/apátridas); não é sinônimo de cidadão. Duas espécies: em sentido lato é toda pessoa humana que participa da organização do Estado, direitos inerentes à cidadania; em sentido estrito é o nacional que exerce plenamente os seus direitos políticos. Povo, assim, é toda pessoa humana ligada a um Estado por um vínculo jurídico-político denominado nacionalidade.

## **NACIONALIDADE**

### **Espécies de nacionalidade**

- a) Originária: primária, de primeiro grau, involuntária ou nata = nascimento.
- b) Secundária: por aquisição, adquirida, derivada, de 2º grau, voluntária, por naturalização. É um ato jurídico voluntário, chamado “naturalização”. Espécies:

Tácita: art. 69, § 4º, da CF de 1891.

Expressa: ordinária e extraordinária. A ordinária se divide em todos os estrangeiros, mesmo os originários de países de língua portuguesa; todos os originários de países de língua portuguesa, menos os portugueses; os portugueses são considerados quase nacionais; legais (Lei 6815/80).

- Os Estados de emancipação, que exportam nacionais, de regra, adotam o critério de sangue (*jus sanguinis*).
- Os Estados de imigração, que importam nacionais, de regra, adotam o critério de solo (*jus soli*).
- O Brasil sempre foi um país de imigração. Com a crise econômica, o Brasil passou a ser de emigração.
- O art. 12, I, da CF, fala em nacionalidade originária.
- Art. 12, I, 'a': são natos os nascidos no território da República Federativa do Brasil (direito de solo).
- Art. 12, I, 'b': nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiro, a serviço do Brasil (critério funcional). República Federativa, nesse artigo, significa qualquer das pessoas jurídicas com capacidade política (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).
- Art. 12, I, 'c': nacionalidade potestativa. Requisitos: nascer no estrangeiro, filho de brasileiro; os pais não estiverem a serviço do Brasil (o caso do jogador Ronaldo, que teve um filho no estrangeiro, sem estar a serviço do Brasil); a qualquer tempo venha a residir no Brasil; a qualquer tempo faça a opção pela nacionalidade brasileira (antigamente, o prazo de opção era até os dezoito anos).

#### **Nacionalidade secundária:**

- a) Tácita: não se encontra na CF. Ocorreu uma única vez, em 1891: todo estrangeiro, no prazo de seis meses, teria que comparecer a uma repartição pública e manifestar o desejo de continuar estrangeiro. Se não comparecesse, passaria a ser brasileiro naturalizado.
- b) Expressa: art. 12, II, da CF. Dois tipos:

*Ordinária*: dividida em quatro outros tipos:

- 1) Todo estrangeiro, menos os originários de língua portuguesa (art. 112, do Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/80).

Obs. O ministro da Justiça não é obrigado a expedir o certificado de naturalização – é ato discricionário, depende de oportunidade e conveniência política. Sendo expedido o certificado será entregue pelo juiz federal (art. 109, X, da CF).

- 2) Todos os estrangeiros originários de língua portuguesa, menos os portugueses (art. 12, II, 'a', segunda parte, da CF).

- 3) Art. 12, § 1º, CF: portugueses (exigência de reciprocidade, que existe desde 1971) são considerados 'quase nacionais'.
- 4) Legais – previstos no EE (6815/80) – naturalização precoce e colação de grau em curso superior. Estrangeiro chega ao Brasil com até cinco anos de idade (precoce).

*Extraordinária:* art. 12, II, 'b', da CF. Requisitos:

- 1) 15 anos, ininterruptos, no território nacional.
- 2) Sem condenação penal.

Obs. Diversamente da ordinária, esta cria direito público subjetivo, é vinculada. Preenchidos os requisitos, o estrangeiro adquire direito líquido e certo à naturalização.

#### **Perda de nacionalidade – art. 12, § 4º:**

- a) Atividade nociva ao interesse nacional (ação judicial proposta pelo MPF, junto à Justiça Federal). Atividade nociva não é definida em lei; fica ao critério do juiz. Conforme a decisão, o sujeito deixa de ser brasileiro naturalizado e volta a ser estrangeiro. Pode readquirir a condição de naturalizado através de ação rescisória.
- b) Regra: o brasileiro nato ou naturalizado que adquirir outra nacionalidade perde a nacionalidade originária. Exceção: art. 12, § 4º, II, 'a', da CF – se a nacionalidade adquirida for originária, não se perde a condição de brasileiro. É o conflito positivo de nacionalidade (polipatria); imposição de nacionalidade por Estado estrangeiro.

#### **Observações sobre o brasileiro naturalizado:**

1ª posição: José Afonso da Silva – readquire a nacionalidade nata, se desejar.

2ª posição: Alexandre de Moraes – só volta a adquirir a nacionalidade na condição de naturalizado.

#### **Diferenças entre brasileiros natos e naturalizados:**

Em regra, a CF veda a diferença de tratamento (art. 12, § 2º). Eis as exceções:

- Exercício de cargo – o art. 12, § 3º, da CF, elenca os cargos privativos de brasileiros natos. No STM, os dez militares devem ser brasileiros natos;; os cinco civis podem ser naturalizados.
- Exercício de função: art. 89, VII, da CF.
- Extradicação: somente naturalizados podem ser extraditados (art. 5º, LI, da CF) – crimes comuns antes da naturalização e tráfico de entorpecentes.
- Propriedade: o art. 222, da CF, diz que o naturalizado só pode ser proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão após dez anos de naturalização.

- Perda da nacionalidade: só naturalizado pode perdê-la, em razão de prática nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I, da CF).

Obs. O estrangeiro pode ser servidor público – art. 37, I, da CF (EC 19/98).

### EXTRADIÇÃO – Art. 5º, LI, da CF

- Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, por crime comum praticado antes da naturalização ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, a qualquer tempo (vide Súmula 421/STF).
- Sistema da contenciosidade limitada.
- Princípio da punibilidade – o fato deve ser típico e punível, tanto no Brasil quanto no Estado requerente.
- Princípio da comutação da pena (art. 5º, XLVII, da CF) – a pena deve ser substituída por uma que não seja vedada pela CF.
- Princípio da retroatividade dos tratados.
- Entrega (*susrender*) – submete-se a normas do TPI, por isso o nacional pode ser entregue, mas não extraditado.

### DIREITOS POLÍTICOS – Art. 14 e segs., da CF.

- Nacional são todos os brasileiros natos ou naturalizados.
- Cidadão são os nacionais no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado. A nacionalidade é pressuposto da cidadania. A plena cidadania se adquire com 35 anos, quando se pode ser eleito para presidente da República.
- Os direitos políticos dividem-se em duas espécies: positivos e negativos:
  - 1) Positivos: são aqueles que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado. São três:
    - a) Direito de sufrágio – é a essência do direito político. É o direito político em si (votar, ser votado, participação em plebiscito, referendo, etc.) – o voto é o exercício do direito de sufrágio. O escrutínio é o modo de exercício do direito de voto. O sufrágio é universal, o voto é direito e o escrutínio é secreto. O sufrágio pode ser universal e restrito. Universal não exige requisito discriminatório ou preconceituoso, per-

mitindo a participação de todas as pessoas, desde que atendidos os requisitos. Restrito, quando se discrimina (proibição do voto da mulher), ocorre o sufrágio restrito quando se exige uma condição econômica (voto censitário) e uma capacidade intelectual (voto capacitário).

b) Alistabilidade – conhecida como capacidade eleitoral ativa (direito de votar). O voto tem as características de ser direto (exceção: art. 81, § 1º, da CF – vacância nos dois últimos anos do mandato presidencial, com voto do Congresso Nacional; nomeação de governador pelo presidente da República para território criado – art. 84, XIV, da CF); periódico (característica do princípio republicano); igualdade (art. 14, *caput*); personalíssimo (intransferível e pessoal); livre e obrigatório (para os que têm entre 18 e 70 anos), facultativo para os que têm entre 16 e 18 anos e os analfabetos. Não podem se alistar como eleitor os estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, os conscritos. A lei estende o conceito de conscrito aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que estejam prestando o serviço militar obrigatório.

c) Elegibilidade – capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Segundo o STF, por lei ordinária, pois não se confunde com as inelegibilidades. Requisitos: nacionalidade brasileira, alistamento eleitoral, filiação partidária, domicílio eleitoral na circunscrição e idade mínima (35 anos: presidente da República e vice-presidente da República, Senador; 30 anos: governador e vice-governador; 21 anos: prefeito, vice-prefeito, deputado estadual, federal e distrital e juiz de paz; 18 anos: vereador). Essa idade é exigida na data da posse (há controvérsias dizendo que a idade deveria ser exigida no momento da inscrição como candidato). O português (quase nacional) pode se eleger, se houver reciprocidade, menos como presidente da Câmara ou Senado, pois poderiam chegar a presidente da República. Podem se candidatar a deputado ou senador.

2) Negativo: são aqueles que importam em uma privação dos direitos políticos. Espécies:

a) Inelegibilidade absoluta – são aquelas que se referem não ao cargo, mas a determinadas condições pessoais e que não admitem desincompatibilização. Só são previstos pela CF (art. 14, § 4º): inalistáveis e analfabetos.

b) Inelegibilidade relativa – relacionada a determinados cargos, admitindo desincompatibilização. São elas:

b.1) Leis complementares 64/90 e 81/94 – previstas pelo art. 14, § 9º, da CF.

b.2) Leis militares – art. 14, § 8º, da CF.

b.3) Reeleição – art. 14, § 5º, da CF.

b.4) Outros cargos - art. 14, § 6º, da CF.

b.5) Inelegibilidade reflexa.

b.6) Reeleição – permite que o chefe do Executivo concorra ao mesmo cargo por mais um mandato consecutivo. Não poderá concorrer o presidente da República também como vice num terceiro mandato, mesmo que renuncie antes.

b.7) Podendo o chefe do Executivo concorrer à reeleição, poderá também os cônjuges e os parentes, desde que aquele renuncie seis meses antes do pleito.

#### **Perda e suspensão dos direitos políticos – art. 5º, da CF.**

- A CF veda a cassação que é a retirada arbitrária dos direitos políticos.
- Perda dos direitos políticos é definitiva. A suspensão é temporária. A perda se dá por:
  - a) Cancelamento da naturalização (competência da Justiça Federal, art. 109, X, da CF).
  - b) Escusa de consciência (alguns entendem ser caso de suspensão).
- A suspensão se dá por:

Incapacidade civil absoluta (art. 3º, do CC).

Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durar os seus efeitos (crimes dolosos, culposos e contravenção penal).

Improbidade administrativa (art. 15, V, da CF) – necessita que o juiz declare expressamente na sentença essa suspensão.

#### **Princípio da anterioridade eleitoral – art. 16, da CF.**

- Trata-se de hipótese diferida da lei eleitoral (entre em vigor na data de sua publicação, mas não produz efeitos se ocorrer uma eleição no período de um ano).
- Garantia individual do cidadão eleitor (considerada cláusula pétrea).

### **Processo legislativo**

- Se não for observado, cabe mandado segurança – controle preventivo.
- As regras básicas do processo legislativo são consideradas normas de repetição obrigatória (decorrente do princípio da simetria).
- Pode haver emenda em qualquer projeto de lei, mesmo nos de iniciativa exclusiva.
- Art. 58, § 2º, I, da CF – matérias que o Regimento permite serem votadas em Plenário.

### **Características do veto**

- Pode ser total ou parcial. Total quando vetado o projeto de lei. O parcial veta parte do projeto de lei, mas não pode vetar uma palavra isolada, somente todo o artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2º, da CF). Não existe veto tácito, somente expresso. Mas existe sanção expressa ou tácita. O presidente da República tem o prazo de 15 dias úteis para se manifestar, caso contrário será considerado aprovado o PL tacitamente.
- Veto político – quando o projeto de lei é considerado contrário ao interesse público. Quando o veto se der por inconstitucionalidade, será considerado jurídico.
- Veto relativo – art. 66, § 4º, da CF – quando o Plenário pode derrubá-lo, em 30 dias, a contar do recebimento, só podendo ser rejeitado pela maioria absoluta dos deputados e senadores.

### **Medida Provisória**

- Criada em 1988 pela CF, em substituição ao decreto-lei.
- Produz efeitos desde a sua edição. O decreto-lei só depois de aprovado.
- A medida provisória pode ser rejeitada tacitamente, se não apreciada no prazo.
- Prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60 dias.
- Pode ser reeditada (art. 62, X, da CF), mas não na mesma sessão legislativa.

- Durante o recesso (art. 57, da CF), o prazo de 60 dias não se conta.
- Regime de urgência: se em 45 dias após a sua edição, a medida provisória não for apreciada, entrará em regime de urgência, trancando a pauta até ser votada.
- Em regra, tem início na Câmara dos Deputados.
- O Congresso Nacional pode rejeitar a medida provisória expressa ou tacitamente. A tácita se dá por decurso do prazo.
- A medida provisória não revoga lei, mas apenas suspende a sua eficácia.
- Se a medida provisória for aprovada sem qualquer alteração, não é necessário a sanção do presidente da República.
- O Congresso Nacional não se vincula ao texto da medida provisória, podendo alterá-lo. Neste caso, será indispensável a sanção do presidente da República.
- As alterações só começam a valer quando a medida provisória for convertida em lei (art. 62, § 2º, da CF).
- O controle de constitucionalidade da medida provisória se dá na forma concentrada (ADI/STF). Após convertida em lei medida provisória, a ADI que tinha ela por objeto, continua, bastando o aditamento da petição inicial quando a conversão da medida provisória em lei for integral. Quando a rejeição da medida provisória ou sua alteração se der no ponto questionado, a ADI ou a ADC perdem o objeto e serão extintas sem o julgamento de mérito.
- Ao Poder Judiciário, segundo o STF, não cabe, em princípio, analisar a relevância e a urgência da medida provisória, pois são requisitos políticos, que devem ser antes apreciados pelo Executivo e o Legislativo. Só poderá o Poder Judiciário apreciá-los caso a inconstitucionalidade seja flagrante e objetiva.
- Limitações materiais da medida provisória:
  - a) Não pode tratar de matéria reservada à lei complementar.
  - b) Não trata de norma penal, processual penal e processual civil.
  - c) Não trata dos direitos de nacionalidade e políticos, mas podem tratar dos outros direitos fundamentais.
- Em relação aos impostos, não há vedação quanto à sua instituição por medida provisória, criando-os ou majorando-os, mas exige observância ao princípio da anterioridade. Com exceção dos impostos de importação, de exporta-

ção, IPI, IOF e impostos extraordinários, que não se submetem ao princípio da anterioridade (arts. 153, I, II, IV e V, e 154, da CF).

- Medida provisória no âmbito dos Estados e Municípios:
  - a) É constitucional a medida provisória no âmbito dos Estados (hoje previstas nas Constituições do Tocantins, Santa Catarina e Acre). Obediência ao princípio da simetria, pois a MP é norma constitucional de repetição obrigatória.
  - b) Quanto aos Municípios o STF nada falou ainda. Mas, sendo prevista na Constituição Estadual, poderá a Lei Orgânica estendê-la ao prefeito.

### **Diferenças entre lei complementar e lei ordinária**

- Materialmente (conteúdo), a lei complementar tem matéria reservada, e a lei ordinária trata de matéria residual.
- Formalmente, a lei ordinária exige quorum de aprovação de maioria simples/relativa (mais de 50% dos presentes). A lei complementar exige quorum de aprovação de maioria absoluta (mais de 50% dos membros).

Obs. O quorum de votação é sempre o mesmo: maioria absoluta (mais de 50% dos membros – art. 47, da CF). O quorum de aprovação da emenda é de 3/5 (60% - art. 60, § 2º, da CF). Para a lei orgânica, o quorum de aprovação é de 2/3 (art. 29 e 32, da CF). No caso da emenda, não existe sanção ou veto do presidente da República, e é promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado (art. 60, § 3º).

### **Princípios processuais constitucionais**

- Devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).
- Formal ou processual – é o que a lei estabelece como sendo o devido, tendo como destinatário o juiz.
- Substantivo – é o processo justo e adequado informado pelos princípios materiais de justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei.
- Segundo o STF, o depósito prévio para a interposição de recurso administrativo não viola a CF, pois não existe a garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

### **Contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)**

- O indeferimento de prova considerada irrelevante ou desnecessária não caracteriza violação a estes princípios.
- Vide Súmula 523/STF.
- Tais princípios não se observam no Inquérito Policial.

**Princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF)** – observado em regras gerais, abstratas e impessoais.

**Princípio do promotor natural (art. 5º, LIII, da CF)**

- A CF diz que ninguém será processado senão pela “autoridade competente”.
- O STF já se manifestou contra: princípio da indivisibilidade do MP (art. 127, § 1º); natureza distinta do MP em relação ao Judiciário.
- Vide Resolução n. 38/98 – CSMPPF, arts. 2º e 3º.

**Princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF)**

- Previne ou repara lesão a direito.
- Dirige-se a todas as autoridades que, direta ou indiretamente, possam afastar a lesão ao direito.
- Vide Súmula 667/STF – tem que existir uma equivalência entre o valor da taxa e o custo real por serviço ou o proveito para o contribuinte. Impede que se exija o esgotamento das vias administrativas.
- Art. 217, parágrafo único – competição esportiva – mitigação do princípio da inafastabilidade. Só se recorre ao Judiciário, após esgotada a via da Justiça Desportiva.
- Outra mitigação são os crimes de responsabilidade, em que o mérito do julgamento não é apreciado pelo Judiciário.
- Mitigação: perda de cargo por parlamentar – julgados por sua Casa respectiva.
- Não há violação na arbitragem, em razão do afastamento do Judiciário depender da vontade das próprias partes envolvidas.

**Habeas data (art. 5º, LXXII, da CF)**

- Legitimidade ativa: ação personalíssima, podendo ser impetrado somente pela própria pessoa interessada. No caso de informações indevidas, a família pode impetrar o HD para preservar a imagem do morto.

- Legitimidade passiva: entidades governamentais ou de caráter público (Administração Pública direta ou indireta, de todas as esferas, incluindo as pessoas jurídicas de direito privado que têm seus bancos de dados abertos ao público – ex. SPC/SERASA; e também partidos políticos e universidades particulares).
- O HD tem o objetivo de retificar informações; conhecer informações (sem necessidade de explicar o motivo); para complementar informações.
- Não há necessidade de prévio esgotamento da via administrativa (vide Súmula 02/STJ).

#### **Ação Popular – art. 5º, LXXIII, da CF e Lei 4717/65.**

- Atribuída ao povo ou à parte dele.
- Apenas o cidadão (em sentido estrito) é parte legítima – entre 16 e 18 anos, desde que estejam alistados perante a Justiça Eleitoral.
- Não é necessário assistência para as pessoas que têm menos de 18 anos, por se tratar de um direito político.
- O MP não é parte legítima na ação popular – apenas como *custus legis*, assim como a pessoa jurídica não é parte legítima.
- Comprova-se a qualidade de cidadão com o título de eleitor.
- O cidadão pleiteia em nome próprio direito de toda a população – hipótese de substituição processual (para Alexandre de Moraes, seria a defesa de um direito próprio do cidadão – participação na vida política do Estado).
- Objeto: são atos administrativos ou equiparados.
- Não cabe ação popular contra lei em tese.
- Não cabe ação popular contra atos de conteúdos jurisdicionais (para tanto, existem os recursos próprios).
- Pode ser preventiva ou repressiva (assim como o MS e o HC).
- Ação popular contra presidente da República é de competência do juízo de primeiro grau.
- A decisão na ação popular tem dois efeitos: condena a autoridade por perdas e danos ou pode apenas anular o ato (arts. 2º a 4º, da Lei 4.717/65).
- A decisão terá natureza condenatório-declaratória – se o ato é nulo.
- Terá natureza desconstitutiva-condenatória – se o ato é anulável.

## ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

- Poder significando soberania (art. 1º, parágrafo único, da CF).
- Poder significando órgão (art. 2º, da CF).
- Poder significando função (arts. 44, 76 e 92, da CF).

Obs. A nossa CF fez opção pela divisão tripartite do poder, de Montesquieu (1748 – “O Espírito das Leis”) – identificou as funções e criou a independência entre os Poderes; a divisão orgânica.

**Função legislativa:** é a encarregada de criar normas gerais e abstratas, que conhecemos de forma genérica como ‘lei’. O Legislativo inova a ordem jurídica, através de lei. Também tem a função de controle, de fiscalização. Espécies:

- a) Fiscalização econômico-financeira (arts. 70/75, da CF).
- b) Fiscalização político-administrativa (art. 58, da CF).

O Legislativo da União é bicameral (art. 44, da CF), pois se divide em duas casas. Espécies:

- a) Do tipo aristocrático (Inglaterra).
- b) Do tipo federativo (Brasil).

O nosso bicameralismo é de equilíbrio ou igualitário; existe igualdade entre Senado e Câmara (Congresso Nacional).

**Legislatura:** prazo de quatro anos, que corresponde ao mandato de deputado federal (art. 44, parágrafo único). Cada legislatura se divide em quanto sessões legislativas, igual a um ano cada (art. 57, CF – EC 50/2006). As sessões legislativas se dividem em dois períodos legislativos, ou seja, são oito períodos legislativos por legislatura.

**Lei complementar nº 78/93:** número máximo de deputados federais: 513; nenhum Estado terá menos que oito, nem mais que 70. O número de deputados federais repercute no número de deputados estaduais. Multiplica-se por três, até doze federais, para se encontrar o número de estaduais. Acima disso, como no caso de São Paulo, se pega o número máximo de 70 deputados, diminui-se 12 = 54 + 36 = 94 deputados estaduais (art. 27, CF). Se criado um território, esse terá 4 deputados. Para Michel Temer, território é autarquia federal.

**Número de senadores:** cada Estado e o DF elege 3 = 81 (todos os Estados, juridicamente, são iguais, pelo pacto federativo). Possuem mandato de 8 anos, com renovação de 1/3 e 2/3. Os territórios, se criados, não terão senadores.

**Forma de manifestação do Legislativo da União:**

- Art. 51, da CF – onde se lê ‘privativamente’, leia-se ‘exclusivamente’ (não podem ser delegadas).
- Art. 52, da CF – também se lê ‘exclusivamente’, sem possibilidade de delegação. Manifesta-se através de Resolução – espécie normativa que tem por objetivo veicular matérias de competência exclusiva da Câmara (art. 31) e do Senado (art. 52) – produz, em regra, efeitos internos.
- O Legislativo se manifesta, também, através do Congresso Nacional (art. 49, CF) – por meio de decreto – espécie normativa que tem por objetivo veicular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional – em regra, produz efeitos externos.
- Essas formas de manifestação dispensam a participação do presidente da República.
- Nossa CF adotou o dualismo jurídico: norma de direito nacional e internacional (através de tratado – art. 84, VIII, referendado pelo CN – art. 49, I, por meio de decreto legislativo. O nosso dualismo é mitigado ou abrandado (não exige lei, mas decreto). O presidente da República deve promulgar, numa terceira fase, o tratado, através de um decreto, passando a produzir efeitos dentro do território nacional. Tratado tem a natureza jurídica de lei ordinária, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade. Se se tratar de direitos humanos, o tratado terá natureza jurídica equivalente à Emenda Constitucional.
- Em alguns momentos o Legislativo da União, em regra, manifesta-se pela Câmara (casa iniciadora) e pelo Senado (casa revisora).
- Excepcionalmente, o Senado pode ser a casa iniciadora. Ex. projeto de lei apresentado por Senador ou por Comissão do Senado (manifestações que se concretizam através de lei ordinária e lei complementar – art. 48 c/c arts. 21, 22 e 23, que tratam da competência da União).
- O CN também se manifesta conjuntamente ao unicameralmente. Conjunta: art. 57, § 3º - sessão de deliberação ao mesmo tempo, no entanto a votação é por casa. Unicameral: art. 3º, ADCT – a maioria absoluta será de  $513 + 81 = 594$ , ou seja, a maioria será o total das duas Casas.

### **Teoria das maiorias:**

- Os colegiados se manifestam através de maioria de votos.
- É instrumento da democracia.
- Nem sempre a maioria prevalece; não deve oprimir a minoria.

Há três espécies de maioria:

- a) Maioria simples (ou relativa)
- b) Maioria absoluta
- c) Maioria qualificada

Obs. Para José Afonso, maioria simples não é sinônimo de maioria relativa.

Maioria absoluta: a casa legislativa não pode deliberar sem que ao menos a maioria absoluta se faça presente. Maioria absoluta se dá a partir da contagem do primeiro número inteiro após a metade dos membros da casa. É invariável.

Maioria simples: (ou relativa) – qualquer maioria, desde que se faça presente ao menos a maioria absoluta. É a regra – art. 47.

Maioria qualificada: em regra, é superior à maioria absoluta; representada por uma fração (1/3; 2/3; 3/5 etc.).

Obs. Para José Afonso, a maioria simples movimentava-se entre duas teses: sim e não. Não se leva em conta os votos nulos e abstenções. Na maioria absoluta, há quatro teses: sim, não, abstenções e votos nulos.

**Mesas**: órgãos de direção dos colegiados (Câmara e Senado). O Legislativo da União possui três mesas:

1ª) Mesa da Câmara dos Deputados:

2ª) Mesa do Senado Federal.

3ª) Mesa do Congresso Nacional.

- Na composição das mesas deverá ser respeitado o ‘princípio da representação proporcional partidária’ – art. 58, § 1º.
- Cargos das mesas: presidente; 1º vice-presidente; 2º vice-presidente; 1º, 2º, 3º e 4º secretários. Mandato de 2 anos, proibida a reeleição para o mesmo cargo (art. 57, § 4º).
- Quem presidir o Senado será o presidente do Congresso Nacional – art. 57, § 5º.
- As mesas da Câmara e do Senado podem ajuizar ADI.
- São as mesas da Câmara e do Senado que promulgam Emenda Constitucional – art. 60, § 3º.
- Sobre mesa do Congresso: art. 140.
- Presidentes da Câmara e do Senado estão na linha sucessória do presidente da República – art. 80, e escolhem o projeto de lei que irá entrar em pauta.
- Em sede estadual e municipal permite-se a reeleição para as mesas.

### **Sistemas eleitorais**

- Art. 1º, parágrafo único – democracia participativa ou semi-direta.
  - Os representantes eleitos são escolhidos de acordo com o art. 14, da CF, que esclarece o art. 1º, parágrafo único. Há duas formas de escolha dos eleitos:
- a) Sistema eleitoral majoritário: art. 46, da CF – adotado nas seguintes eleições: senador da República; presidente da República; governadores e prefeitos. É o sistema que leva em conta o número de votos válidos ofertados ao candidato registrado pelo partido político. Dá-se importância ao candidato, não ao partido político, existem duas espécies:

- 1) Do tipo simples.

2) Do tipo absoluto (ou com segundo turno de votação).

Obs. O tipo simples contenta-se com qualquer maioria; o majoritário absoluto é o que exige, no mínimo, maioria absoluta de votos para considerar eleito o candidato. No tipo simples: senador e prefeito de município com menos de 200 mil eleitores, vide art. 29, II, CF. Do tipo absoluto: presidente da República, governadores e prefeitos de municípios com mais de 200 mil eleitores. Votos válidos são aqueles ofertados, subtraídos os em branco e os nulos – art. 77, § 2º.

b) Sistema eleitoral proporcional – art. 45: adotado nas eleições para deputado federal, estadual e vereadores. Nesse sistema dá-se importância ao número de votos dados ao partido político, permitindo-se o voto de legenda. Etapas:

1ª) Número de votos válidos (art. 77, § 2º)

2ª) Quociente eleitoral.

3ª) Quociente partidário.

4ª) Técnica de divisão das sobras ou restos (109, do CE).

5ª) Os eleitos dentro do partido ou da coligação partidária.

Exemplo do cálculo – suposição de 8 milhões de eleitores:

QUOCIENTE ELEITORAL: divide-se o número de votos válidos pelo número de cadeiras em disputa.

QUOCIENTE PARTIDÁRIO: votos válidos recebidos pelo partido político divididos pelo quociente eleitoral.

DIVISÃO DAS SOBRAS: o Código Eleitoral adotou a teoria da melhor média (art. 109, do CE). O partido que tiver o maior número de candidatos eleitos, terá direito a mais uma cadeira.

ELEITOS DENTRO DO PARTIDO: os mais votados.

**Estatuto do Congresso Nacional** (denominação do Prof. José Afonso da Silva).

- Significa o conjunto de regras diversas do direito comum, inerentes à função legislativa e garantidora do exercício da função parlamentar. Estabelece prerrogativas, direitos, deveres e incompatibilidades ofertadas pela CF aos parlamentares.
- Instrumento que garante independência no exercício da função parlamentar.

**Imunidade parlamentar. Duas espécies:**

a) Imunidade material (ou absoluta, real, substancial, inviolabilidade – art. 53, *caput*, da CF). Em razão da manifestação da palavra, opinião e voto; os parlamentares são irresponsáveis. Não respondem civil, criminal, administrativa e politicamente.

- 1) Administrativa: não pode ser responsabilizado por ofensa ou decoro.
- 2) Civil: não pode ser responsabilizado por danos morais ou materiais.
- 3) Criminal: por palavra, votos e opiniões não comete crimes. Natureza jurídica, para uma primeira corrente, trata-se de uma 'excludente de

antijuridicidade'; para uma segunda corrente, trata-se de 'isenção funcional da pena'; para uma terceira corrente, trata-se de 'excludente de tipicidade' (posição do STF).

- 4) Política: o parlamentar não pode ser responsabilizado dentro do partido político, em tese. Primeira corrente: o art. 17, da CF, fala em fidelidade partidária, daí seria lícita a expulsão de membro de partido, segundo André Ramos Carvalho. Segunda corrente: José Afonso diz que essa expulsão seria inconstitucional, pois a CF fala em irresponsabilidade política.

- A imunidade material se inicia com a posse e o parlamentar não poderá ser responsabilizado em qualquer tempo pelo que disse durante o mandato.

- protege o parlamentar em todo o território nacional, mas quando fora do Congresso é preciso analisar o nexó entre o que disse e o exercício parlamentar.

- o órgão de imprensa que reproduz a opinião, a palavra e o voto do parlamentar, não pode ser responsabilizado.

- vereador possui imunidade material na circunscrição do município – art. 29, VIII.

- b) Imunidade relativa (processual ou formal) – inicia-se com a diplomação (última fase do processo eleitoral – é a nomeação do servidor público eletivo). Protege parlamentares federais, estaduais, mas não protege vereador. Em razão da prisão. Espécies:

- 1) Prisão-sanção ou prisão-pena: resulta de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.
- 2) Prisão sem pena: de natureza cível (depositário infiel e não pagamento de pensão alimentícia) e de natureza criminal (flagrante, preventiva, temporária, resultante de decisão de pronúncia, resultante de sentença condenatória sem trânsito em julgado).
- 3) Parlamentares só podem ser presos em flagrante, por crime inafiançável e por sentença judicial transitada em julgado. Lavra-se auto de apresentação nos crimes afiançáveis.
- 4) Prazo de 24 horas para a autoridade policial enviar o auto de flagrante à Casa respectiva.
- 5) A Casa respectiva, por maioria absoluta, manifestará sobre a manutenção, ou não, da prisão.
- 6) Os autos irão ao STF, TJ, TRF, a depender do crime e do autor.
- 7) As constituições Estaduais podem atribuir foro especial para outras autoridades.
- 8) A autoridade dotada de foro especial não é investigada por delegado, sem IP, mas por autoridade judicial, através de inquérito judicial.

**Função executiva:**

Previsto a partir do art. 76, da CF. Encarregada de aplicar a lei ao caso concreto, administrando a coisa pública. Na República Federativa do Brasil o Executivo é singular. O presidencialismo, em que uma única autoridade exerce a função executiva. O parlamentarismo, ou executivo dual, onde mais de uma autoridade exerce função executiva. No presidencialismo, o presidente exerce as funções de chefe de Estado e chefe de Governo. No parlamentarismo, as funções são divididas entre o presidente e o primeiro ministro (parlamentarismo republicano); ou o monarca e o primeiro ministro; o primeiro como chefe de Estado e o segundo como chefe de governo (parlamentarismo-monárquico); no presidencialismo existe independência do Executivo em relação ao Legislativo; diversamente do que ocorre no parlamentarismo, em que existe uma dependência do Executivo em relação ao Legislativo. De setembro de 1961 a fevereiro de 1963 o Brasil foi parlamentarista. A nossa CF é parlamentarista num sistema presidencialista (Ex. medida provisória, que é típica do parlamentarismo). No exercício da função de chefe de Estado, o presidente da República defende a unidade nacional, falando em nome da República Federativa do Brasil (Ex. ao assinar tratados internacionais). Como chefe de Governo, o presidente da República desempenha a chefia da Administração Pública, com o auxílio dos ministros de Estado.

#### **Requisitos para ser presidente da República:**

- a) Ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, da CF) – em razão da segurança nacional.
- b) Idade mínima de 35 anos (capacidade política absoluta).
- c) Filiação partidária (art. 17, da CF) – entidades que se portam entre o Estado e a sociedade. Partido político é instrumento para se chegar e permanecer no Poder. Não há possibilidade de candidatura avulsa. A filiação partidária é condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CF). Partido político é pessoa jurídica de direito privado.
- d) Plenitude do exercício dos direitos políticos – o candidato não pode incorrer em nenhuma das situações do artigo 15, da CF. Também o candidato a vice-presidente deve atender aos mesmos requisitos.

#### **Observações importantes:**

- As Constituições de 1934 e 1937 não previam a figura do vice. A de 1946 previa o vice, que era também o presidente do Senado. O vice exerce função, mas não exerce cargo. A CF não diz quais são as atribuições do vice; diz que a lei complementar será votada para elencar as atribuições do vice (art. 79, parágrafo único, da CF).
- O presidente da República poderia delegar as atribuições do art. 84, da CF, ao vice-presidente? Não, pois são indelegáveis, em respeito ao princípio da indelegabilidade. As únicas exceções são as do parágrafo único do art. 84 – mas tais delegações não são feitas ao vice.

- Presidente e vice-presidente tomam posse em sessão conjunta do Congresso Nacional, no dia 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição (art. 78, CF) – juram cumprir a CF. Têm o prazo de 10 dias para tomar posse, sob pena de ter o cargo declarado vago, pelo Congresso Nacional, por tratar-se de questão pública. Não serão declarados vagos se um dos dois tomar posse ou houver motivo de força maior (atos da natureza e atos humanos).
- Substituição e sucessão do presidente da República: a CF diz que o presidente será substituído no caso de impedimento e sucedido no de vacância. O impedimento é temporário; a vacância é definitiva, permanente. Só o vice sucede o presidente. Estão na linha sucessória: vice-presidente; presidente da Câmara; presidente do Senado e presidente do STF. Os três últimos apenas substituem o presidente da República.
- Morte do presidente e do vice: nos dois primeiros anos de mandato, assume o presidente da Câmara e convoca-se eleições diretas em 90 dias; vagando nos dois últimos anos, assume o presidente da Câmara e convoca-se eleições indiretas em 30 dias.
- Eleição indireta: é aquela em que existe intermediário entre o titular do Poder (povo) e o exercente do Poder. Não existem regras, no Brasil, sobre essa eleição indireta. O Congresso Nacional elegerá o presidente e o vice, de acordo com o seu regimento. Sendo direta ou indireta as eleições, os mandatos dos eleitos serão do tipo “tampão”, ou seja, o restante do mandato dos substituídos, para não prejudicar a coincidência das eleições.
- Responsabilização do presidente da República: na República o Poder é exercido de forma eletiva, temporária e responsável. Na Monarquia é o Poder exercido de forma vitalícia, hereditária e irresponsável. Em um Estado Republicano, todas as autoridades que exercem parcela da soberania podem ser responsabilizadas administrativamente, civilmente, penalmente e politicamente.
- Responsabilização por crime comum ou infração comum: é utilizada em contraposição ao crime de responsabilidade. São as contravenções penais; crime comum em seu sentido estrito (CP e legislação penal extravagante); crime eleitoral; crime militar; crime político (Lei 7170/83); crime doloso contra a vida.
- Crime comum: o presidente da República é processado e julgado pelo STF (foro por prerrogativa de função, pois os tribunais estariam mais longe das disputas políticas locais; os membros dos tribunais seriam melhores qualificados pela experiência acumulada). A CF oferta ao presidente da República a irresponsabilidade relativa – não pode ser preso, a não ser em razão de sentença penal condenatória com trânsito em julgado (prisão-pena ou prisão-sanção). O presidente da República só poderá ser processado, durante o exercício do mandato, pela prática de crimes *ex officio*. Não pode ser processado por atos estranhos ao exercício da função. Não pode ser preso preventivamente, em flagrante, temporariamente.

- Se o presidente, enquanto candidato, cometer um crime, não poderá ser processado durante o mandato, somente após, pois são crimes estranhos ao exercício da função.
- Sendo o crime praticado após a posse, precisa-se saber se o crime é, ou não, *ex officio*. Se sim, responde pelo crime. Se não, não.
- Vide art. 86, §§ 3º e 4º, da CF.
- Juízo político pela Câmara dos Deputados: quorum de 2/3. Se for negativo o juízo político, não será processado pelo STF. Se for positivo, autoriza o STF processar o presidente da República. Antes de ofertar denúncia, o STF abre prazo para o presidente da República (15 dias) apresentar defesa preliminar (Lei 8038). Recebida a denúncia, o presidente da República é cientificado e afastado das funções por até 180 dias. Após, não julgado, volta ao cargo e a ação penal continua normalmente.
- Diferenças entre o julgamento dos parlamentares e do presidente da República:
  - a) Parlamentares podem ser presos em flagrante (crime inafiançável).
  - b) Presidente da República não pode ser preso em flagrante (art. 86, § 3º, da CF).
  - c) Presidente da República somente pode ser processado durante o mandato, por crime *ex officio* – antes da denúncia, juízo político pela Câmara.
  - d) Parlamentar: ofertada a defesa preliminar, o STF pode receber a denúncia e processar, sem levar à Câmara para o juízo político. Dá apenas ciência à Casa respectiva, que se manifestará sobre a continuidade ou não, da ação penal, por maioria absoluta de votos. Só o partido político pode provocar o pedido de votação da sustação da ação penal.
  - e) Regra: o STF só comunicará a Câmara ou ao Senado se o crime tiver sido praticado após a diplomação pelo parlamentar.
- Governador: crime comum: STJ (art. 105, I, 'a', da CF) – com autorização da assembléia legislativa.
- Prefeito: crime comum – TJ (vide Súmula 702/STF e 208 e 209/STJ).
- Crimes de responsabilidade: infração de natureza jurídica político-administrativa (art. 85, CF). A Lei 1079/50 estabelece outras condutas que, em sendo praticadas, importarão em crimes de responsabilidade, bem como o procedimento a ser seguido pela Câmara dos Deputados. Regra: só a União Federal pode estabelecer regras sobre crimes de responsabilidade (vide Súmula 722/STF).

- Condutas políticas: art. 85, I a IV, da CF.
- Condutas funcionais: art. 85, V a VII, da CF.
- Vice-presidente não comete crime de responsabilidade. Somente se estiver no exercício da função de presidente.
- Ministro de Estado comete crime de responsabilidade.
- O presidente da República é julgado pelo Senado nos crimes de responsabilidade – transforma-se num tribunal misto, político-jurídico, presidido pelo presidente do STF (art. 52, parágrafo único, da CF). Para que o presidente possa ser julgado pelo Senado por crimes de responsabilidade necessita-se de autorização da Câmara (juízo político).
- O cidadão possui legitimidade para denunciar o presidente por crime de responsabilidade. Protocolada a denúncia, forma-se uma comissão de deputados, que oferece um parecer prévio sobre o início do julgamento, ou não. Sendo aceito, instaura-se um juízo de admissibilidade, podendo o presidente apresentar documentos, arrolar testemunhas, sustentação oral, etc. (contraditório e ampla defesa). A Câmara vota no sentido de autorizar, ou não (2/3) o julgamento do presidente pelo Senado. Autorizado, o ato do Senado é vinculado, sendo obrigatório o julgamento. A autorização se dá através de resolução. O Senado cientifica o presidente de que contra ele foi instaurado um julgamento – a partir daí, o presidente se afasta por até 180 dias. Quem preside o Senado é o presidente do STF, nos julgamentos dos crimes de responsabilidade. O julgamento se materializa em uma resolução, em votação direta com quorum de 2/3. Se o Senado julgar procedente a denúncia, o presidente da República sofrerá duas penas: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos (art. 52, parágrafo único, CF), independentemente da responsabilização penal e civil.
- A renúncia ao cargo de presidente da República (como no caso Collor) não impede a continuidade do julgamento para a punição da perda do cargo por 8 anos. As penas, portanto, são autônomas.
- Inabilitação: não tem nada a ver com suspensão dos direitos políticos. Nesta não votam ou são votados. Naquela, o julgado pode votar e ser votado, mas não pode exercer cargo eletivo, assumir cargo em razão de concurso público, nem tomar posse em cargo de confiança. O mérito da decisão do Senado não pode ser discutido no Judiciário, mas pode ser analisado se descumprir-se princípios constitucionais, como ampla defesa e contraditório.
- Crime de responsabilidade praticado por governador será julgado por um tribunal misto, formado por deputados estaduais e desembargadores, previstos no CE, não podendo inovar em relação à CF e à Lei 1079/50: cinco deputados estaduais mais cinco desembargadores, presidido pelo presidente do TJ.

- Quanto aos prefeitos que cometam crimes de responsabilidade serão julgados pela Câmara Municipal (art; 29-A, CF, bem como o Decreto-Lei 201/67, que estabelece outras figuras típicas, quais sejam: crimes de responsabilidade próprio – infração de natureza penal; crime de responsabilidade impróprio – infração de natureza político-administrativa).
- Agente político: REsp 456649-MG – o STJ diz que tais agentes (prefeitos) não respondem por improbidade administrativa – Lei 8429/92 – somente os prefeitos. A Reclamação 2138 trata de não inclusão dos governadores, presidente da República e ministros de Estado à Lei de Improbidade. Ainda não foi julgada; tais agentes estariam sujeitos à Lei 1079/50 e ao Decreto-Lei 201/67 (no caso dos prefeitos). O STF, até agora (21/03/2007), não julgou tal Reclamação. Caso seja confirmada, a Lei 8429/92 perderá sua finalidade maior.

**Função jurisdicional:** é o poder-dever do Estado, mediante o qual ele substitui os titulares dos interesses em conflito para, com imparcialidade, buscar a pacificação social. Poder-dever do Estado que substitui a vontade das partes, resolvendo os conflitos de interesse, com força definitiva.

#### **Características:**

- a) Inércia: não existe jurisdição de ofício; não existe prestação jurisdicional sem autor. O juiz não pode agir de ofício, sob pena de comprometer sua capacidade subjetiva; não pode se comprometer psicologicamente com a causa. O juiz deve ser imparcial, não neutro. O magistrado deve ser provocado, através das duas funções essenciais à Justiça, ou seja, o Ministério Público e a OAB. Apesar da inércia, o juiz, após a provocação, possui poderes instrutórios (arts. 130, CPC, 156, 209, do CPP). Há separação entre quem acusa e quem julga (art. 129, CF). Tendo em vista a inércia e o sistema acusatório, o sistema judicialiforme não foi recepcionado pela CF (o juiz e o delegado de polícia poderiam dar início à ação através de portaria). No Brasil, o STF disse que juiz não investiga. No art. 58, § 3º, da CF, diz que CPI tem poder de investigação dos juízes (a não ser para investigar seus próprios pares). Deve ser lido: as CPI's têm poderes de "instrução processual", assim como os juízes. A LOMAN prevê que um juiz pode investigar outro (exceção).

Exceções para o juiz agir de ofício, segundo o CPC:

- Arts. 13, 113, 219, § 5º, todos do CPC – o juiz pode agir de ofício para conhecer matéria de ordem pública.
- O juiz pode determinar de ofício a exibição de documentos (art. 382, do CPC).
- O juiz determina a realização de perícia, de ofício (art. 342, do CPC).
- Poder geral de cautela (art. 798, do CPC).

- O juiz pode determinar, de ofício, investigação (art. 1107, do CPC) – Cândido Dinamarco chama isso de “instrumentalidade do processo”.

Exceções para o juiz agir de ofício, segundo o CPP:

- O juiz pode expedir mandado de prisão, de ofício (art. 310, do CPP).
  - Busca e apreensão (art. 240, do CPP).
  - Prisão temporária (Lei 7960).
- b) Substitutividade: com o monopólio da jurisdição, proibiu-se a justiça privada. O Estado tem o poder-dever de substituir as partes e resolver os conflitos de interesse. A CF chama essa substitutividade de “indeclinabilidade”, “inafastabilidade”, e Nelson Nery chama de “princípio constitucional da ação” (art. 5º, XXXV, da CF).

Exceções:

- A CF veda que o Poder Judiciário venha a decidir conflitos desportivos (art. 217, § 1º, da CF).
  - *Habeas data* só pode ser ajuizado depois de esgotada a via administrativa (Lei 9507/97).
  - Juízo arbitral (as partes pactuam que a discussão não será levada ao Poder Judiciário).
- c) Definitividade: o artigo 5º, *caput*, da CF, estabelece o princípio da segurança jurídica: as relações devem ser estabilizadas. Como conseqüência, existe a trilogia da irretroatividade (art. 5º, XXXVI, da CF): ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Definitividade quer dizer que só o Poder Judiciário pode dizer a última palavra no conflito de interesses. Só o Poder Judiciário pode trazer a certeza absoluta (coisa julgada ou qualidade dos efeitos da sentença).

Exceções:

- Se o presidente da República é condenado por crime de responsabilidade, não será discutido o mérito no Poder Judiciário. O STF discute apenas que princípios constitucionais foram desrespeitados.
- O Poder Judiciário, em regra, não pode discutir o mérito do ato administrativo, salvo se houve desvio de finalidade ou abuso de poder. É a judicialização de políticas públicas ou politização do Poder Judiciário (há discussões sobre se o Poder Judiciário poderia discutir questões administrativas discricionárias).

- Como não existem direitos absolutos, a coisa julgada pode ser relativizada, em homenagem a outro princípio constitucional (é a livre conveniência entre os direitos fundamentais) - Ex. quando há erro material ou violação a princípios constitucionais, a coisa julgada pode ser afastada. No CPP, há a revisão criminal pro-réu; razoabilidade, proporcionalidade, ponderação de direitos, proibição de excesso.

### Sistemas judiciários

- Nos Estados Unidos da América, adota-se o sistema jurídico anglo-saxão – não procuram justiça, mas estabilidade das relações jurídicas.
- No Brasil, adota-se o sistema jurídico romano-germânico; procura-se justiça, não estabilidade das relações. A divisão encontra-se no art. 92, da CF (STF, STJ, TSE, STM, TST). O STJ é um tribunal nacional, não federal. Abaixo dele, vem a Justiça Federal (TRF, juízes federais) e a Justiça Estadual (TJ e juízes estaduais) – essas duas Justiças formam a Justiça Comum. Depois vem a Justiça Especial ou Especializada (TSE, TRE, juízes eleitorais, juntas eleitorais, STM, tribunais militares e auditorias militares, TST, TRE e juízes do trabalho), mais o CNJ. O tribunal do júri é uma garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXVII, da CF), não fazendo parte da divisão do Poder Judiciário, trazida pelo art. 92, da CF. Há entendimento no sentido de que o STF não se sujeita ao CNJ.
- Justiça Militar Estadual – 2º grau: TJ; 1º grau: Conselho de Justiça Militar. Efeito maior de 20 mil integrantes permite-se a criação de TJM – Tribunal de Justiça Militar (existem em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais – art. 125, § 3º, da CF).
- A Justiça Militar Estadual só julga crimes militares praticados por policiais militares e corpo de bombeiro militar pela prática de crimes militares (Decreto-Lei 1001/69 – CPM).
- A Justiça Militar Estadual jamais julga civis.
- Havendo conexão entre crime militar e um comum, separa-se o julgamento.
- A Justiça Militar Estadual não julga o crime de abuso de autoridade cometido por militares (Lei 4898/65).
- A Justiça Militar Estadual não julga crime de trânsito cometido pelo militar.
- Inovação da EC/45, sobre a Justiça Militar Estadual:
  - a) Deu à Justiça Militar Estadual jurisdição também não criminal, julgando atos disciplinares cometidos por militares.
  - b) Deu à Justiça Militar Estadual duas formas de julgamento: colegiado = conselho de justiça militar, presidido pelo juiz auditor militar; singular =

juiz auditor militar (em regra, é um juiz de direito designado para oficial na Justiça Militar Estadual). Porém, em São Paulo, Rio Grande e Minas Gerais, existe concurso próprio para o juiz auditor militar.

- c) Crime doloso contra a vida praticado por militar contra militar, competência do conselho da justiça militar.
- d) Todo crime praticado por policial militar, em sendo a vítima policial militar (não contra a vida), a competência é do conselho de justiça militar.
- e) Todo crime, menos o doloso contra a vida, cuja vítima seja civil, a competência para julgar será da Justiça Militar Estadual, pelo juiz auditor militar, singularmente.

**Composição do STF:** O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 juízes, que recebem o nome de Ministros; brasileiro nato; idade mínima de 35 e máxima de 65 anos; reputação ilibada ou idônea (vida passada sem mácula, mancha); notável saber jurídico (no mínimo bacharel em direito, embora a CF não diga); escolha livre pelo presidente da República dentre brasileiros que preencham os requisitos, com aprovação do Senado.

**Composição do STJ:** O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 33 ministros (TSE, no mínimo 7); criado em 1988; brasileiro nato ou naturalizado; idade mínima de 35 e máxima de 65; notável conhecimento jurídico; reputação ilibada ou idônea; escolha do presidente da República vinculada a categorias: 1/3 do TRF, 1/3 desembargadores de TJ, e 1/3 divididos entre Ministério Público e OAB (Ministérios Públicos estadual e federal); aprovação pelo Senado, por maioria absoluta.

**Composição da Justiça Federal:** criada pela Lei 5010/66; em 1988 dividiu-se o território nacional em 5 regiões: TRF-1: sede em Brasília + 13 Estados da Federação (todos do Norte; todos do Centro-Oeste, com exceção de MS; do Sudeste apenas MG; do Nordeste, apenas a BA, MA e PI); TRF-2: sede no Rio de Janeiro + ES; TRF-3: sede em SP + MS; TRF-4: sede em Porto Alegre + todos os Estados do Sul; TRF-5: todos do Nordeste, menos BA, MA e PI. O concurso é regional; mínimo de 7 desembargadores federais. 1º Grau de Jurisdição: juiz federal, na seção judiciária federal; a seção judiciária pode ser dividida em sub-seção.

**Composição da Justiça Estadual:** mínimo de 07 desembargadores; um tribunal de justiça em cada Estado; idade mínima de 30 anos. Primeiro Grau: juiz de direito, nas comarcas, podendo a Lei de Organização Judiciária estabelecer categorias (1ª, 2ª e 3ª entrâncias).

**Composição da Justiça Eleitoral:** é federal especializada; não possui quadro próprio de juízes. TSE: no mínimo 7 ministros (mandato de dois anos com recondução única por mais dois anos) – 3 originários do STF, 2 do STJ e 2 advogados; recebem subsídios; o presidente será um dos 3 ministros do STF e o corregedor será escolhido entre um dos ministros do STJ; os advogados são escolhidos pelo presidente da República em lista fornecida pelo STF. TRE: 7 juízes (2 desembargadores, 2 juízes de direito, 2 advogados escolhidos pelo presidente da República em lista fornecida pelo TJ, e

1 representante da Justiça Federal – desembargador ou juiz federal). 1º Grau: zonas eleitorais, com um juiz eleitoral em cada (juiz de direito exercendo função eleitoral – princípio da delegação), tornando-se, durante a função, servidor público federal; juntas eleitorais (2 ou 4 cidadãos, presididos pelo juiz eleitoral).

### **Garantias do Poder Judiciário**

Tem por finalidade a manutenção da independência, evitando que sofra pressões de outros poderes. Dois grupos:

- c) Garantias institucionais: autonomia administrativa (ou orgânica administrativa) e autonomia financeira. Tem por objetivo garantir ao Poder Judiciário, como um todo, livre de ingerências e subordinação a outros Poderes. A autonomia orgânico-administrativa ou auto-governo dos tribunais (art. 96, I, da CF), podendo instituir seus órgãos diretivos; criar regimentos internos e organizar a estrutura administrativa interna. Autonomia financeira (art. 99 e parágrafos, da CF): orçamento próprio – o Executivo repassa o duodécimo ao Poder Judiciário (art. 168, do CF), sob pena de intervenção (art. 34, da CF);
- d) Garantia funcional ou de órgãos: independência e imparcialidade. Predicativos da magistratura: independência (art. 95, I, II, III, da CF) - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Vitaliciedade – só o agente político a possui; em 1º grau se alcança após dois anos de estágio probatório; só perde o cargo em razão de sentença judicial transitada em julgado.

Estabilidade – servidor público em sentido restrito; três anos de estágio probatório; perde o cargo por procedimento administrativo disciplinar, sentença judicial e insuficiência de desempenho – art. 41, § c/c 247, da CF.

Inamovibilidade – o servidor público em sentido restrito pode ser removido por conveniência ou oportunidade, pela Administração Pública (maioria absoluta do tribunal de justiça pode remover juiz – art. 93, VIII, da CF).

Irredutibilidade de subsídio – o STF diz que tal irredutibilidade é nominal, jurídica, não real (havendo inflação, não haverá indexação).

Imparcialidade – vedações aos magistrados (art. 95, parágrafo único, da CF).

**Emenda Constitucional 45/2004**: modificou a composição dos órgãos especiais: antes era formado pelos mais antigos; hoje, metade de mais antigos, outra metade através de eleições entre os membros.

**CNJ – Conselho Nacional de Justiça**: não exerce jurisdição; possui função administrativa e de fiscalização interna, não ofendendo a independência do Judiciário, pois é

composto de membros (a maioria) do Poder Judiciário; exercem mandato de dois anos, prorrogável por mais dois; aprovação pelo Senado.

## DIREITO ADMINISTRATIVO

### PONTOS POLÊMICOS

- Servidores públicos:
  - a) agentes públicos – todo aquele que exerce função pública, seja de forma temporária ou permanente (com remuneração ou sem ela, como no caso dos mesários, jurados, etc.).
  - b) Agentes políticos – chefia do Legislativo, Executivo e Judiciário. Também são agentes políticos os vereadores, deputados, magistrados, membros do MP. Posição majoritária: juízes e promotores são agentes políticos, embora haja divergências.
- Quando o servidor adota o regime estatutário, estará previsto em lei; celetista estará previsto em contrato. Os agentes políticos são estatutários.
- STF (vide Eugenio Pacelli de Oliveira, págs. 199/201). Reclamação 2138 – não há, ainda, julgamento definitivo (em 29/03/2007). Entende que agente político não estará sujeito à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92). Caso seja confirmada a decisão, tal Lei perderá o sentido de existir.
- Servidores estatais: todo aquele que atua no Estado (Administração direta e indireta).
  - a) Servidor público atua nas pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, mais autarquias e fundações).
  - b) São estatutários (estatuto = cargo/celetista = emprego). A EC 19 disse que na Administração Pública encontram-se os dois regimes (a lei cria o cargo ou o emprego público). O estatutário era conhecido como funcionário público, nomenclatura excluída a partir de 1988. Estatuto: Lei 8112/90, alterada em junho de 2006.
  - c) O administrador deve escolher, preferencialmente, o regime estatutário, embora possa conviver os dois, segundo a EC 19 (não existe mais o regime jurídico único).
  - d) A CLT será escolhida quando tratar-se de função subalterna (que não tem qualificação técnica); quando tratar-se de contratação temporária (em situações excepcionais, como no caso de epidemias); quando tratar-se de remanescente do regime anterior (antes da CF/88 – a mais de 5 anos, tem estabilidade; menos de 5 anos, será do regime anterior = celetista). ADI 2310 – estatuto é a regra; celetista é a exceção.

- e) Quanto à manutenção das garantias, o regime mais favorável ao servidor é o estatutário, pois basta mudar a lei, de forma unilateral, ao contrário do contrato, que depende de acordo bilateral (não há direito adquirido a um regime legal) – o servidor não pode alegar o direito adquirido como argumento para manter o seu regime jurídico.
- A EC 45/2004, alterou o art. 114, I, da CF. Quando a relação é estatutária (ADI 3395), quem julga é a Justiça Comum; celetista (relação de emprego), quem julga é a Justiça do Trabalho.
  - Quem trabalha em agência reguladora (autarquia) submete-se a regime especial. Inicialmente, o regime era celetista (Lei 9986/00), com contratação temporária. A ADI 2310 disse que CLT será adotada em situações excepcionais. O presidente da República alterou a Lei 9986 através de medida provisória, cometendo um absurdo jurídico, convertida na Lei 10.871/2004, passando a adotar o regime estatutário. Os velhos contratos temporários continuam sendo prorrogados. O presidente da República continua prorrogando os contratos antigos das agências reguladoras, até 2007 (Medida Provisória 269, convertida na Lei 11.292/06). Há uma ADI discutindo que tais contratos prorrogados são inconstitucionais (ADI 3678).
  - Empresa pública e sociedade de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado – servidores de entes governamentais de direito privado seguem o regime celetista (emprego, e não cargo). Em alguns aspectos, tais servidores se equiparam a servidores públicos: concursos, acumulação, teto remuneratório (quando não recebem ajuda de custo). O TST disse que a dispensa de tais servidores é imotivada.
  - Concurso: EC 51 – exceções: mandato eletivo; cargo em comissão; hipóteses constitucionais; contratos temporários. A EC 51 alterou o art. 198 da CF – não precisa submeter-se a concurso os agentes comunitários de saúde e de combate às endemias (regime celetista) – Medida Provisória 297/2006 (junho).
  - OAB é autarquia especial – deveria fazer concurso, mas o STF/Informativo 430, ADI 3026 – disse que a OAB, embora sendo autarquia, é de regime especial e não precisa de concurso, sendo de regime celetista (absurdo do STF). A OAB é uma autarquia que segue o regime privado

**CONCEITO DE DIREITO:** conjunto de regras e princípios que regulam a vida social, permitindo um convívio harmônico.

- a) Dentro do território nacional: interno.
- b) Fora do território nacional: externo, internacional.
- c) Público: preocupa-se com a atuação do Estado.
- d) Privado: disciplina as relações entre particulares.
- e) Questões de ordem pública: existem tanto no direito público quanto no privado (ex. regras para o casamento, no Direito Civil). Todo direito público é

também regra de ordem pública. O conceito de ordem pública é mais amplo do que o conceito de direito público.

**CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO:** preocupa-se com a atividade de administrar o Estado (ramo do direito público). Existem algumas teorias:

- 1) Crítério do serviço público: serviço público era toda atuação do Estado (teoria superada).
- 2) Crítério do Poder Executivo: o direito administrativo só se preocupa com a atuação do Poder Executivo (teoria superada).
- 3) Crítério das relações jurídicas: o direito administrativo preocupa-se com todas as relações entre o Estado e o administrado (teoria superada).
- 4) Crítério teleológico: o direito administrativo nada mais é do que um conjunto de regras e princípios (é teoria correta, mas insuficiente, porém aceita no Brasil).
- 5) Crítério negativo ou residual: o direito administrativo é encontrado e aplicado por exclusão (aceito no Brasil, mas ainda insuficiente).
- 6) Crítério da distinção entre as relações jurídicas e a atividade social do Estado: o direito administrativo preocupa-se com as relações jurídicas do Estado (aceita no Brasil, mas ainda insuficiente).
- 7) Crítério da Administração Pública: junção dos critérios 4, 5 e 6, formulado por Hely Lopes: “conjunto de princípios e regras que regem os agentes, as entidades e as atividades administrativas como um todo, e os fins desejados pelo Estado, de forma direta, concreta e imediata”.

## FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

- 1) A lei, em sentido amplo (ordinária, complementar, etc.) e toda espécie normativa.
- 2) Doutrina – resultado do trabalho dos estudiosos.
- 3) Jurisprudência – julgamentos reiterados dos tribunais, sempre no mesmo sentido (servem como orientação e, em regra, não vinculam).
- 4) Costumes – prática habitual, com a crença de ser ela obrigatória.
- 5) Princípios gerais do Direito – servem como alicerce do ordenamento jurídico; normalmente são implícitos.

## MECANISMOS DE CONTROLE OU SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

- 1) Sistema contencioso administrativo (chamado também de sistema francês) - o controle é feito pela própria Administração, como cortes e tribunais próprios (em regra).
- 2) Sistema de jurisdição única: nesse sistema, quem controla é o Poder Judiciário. No contencioso, a Administração julga, mas a última palavra é do Judiciário. O Brasil adota o sistema de jurisdição única. É possível o sistema misto de controle? Não. Não se admite o sistema misto, pois há uma 'mistura' natural entre os controles de jurisdição única e o contencioso.

## RESPONSABILIDADE CIVIL

ESTADO: é a pessoa jurídica, por isso falamos em responsabilidade civil do Estado (até 1916 o Estado tinha dupla personalidade – pública e privada). Hoje, o Estado é de direito público. Os poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), exercem função pública, exercem atividade em nome do interesse do povo. Pode ser função típica ou atípica. A típica é a função principal e a atípica é a função secundária (sistema de freios e contrapesos – *check and balances*, ou seja, todo Poder exerce função típica de outro).

### Função típica dos Poderes

- 1) Poder Legislativo: inova o ordenamento jurídico, ao criar novas regras, novas leis. É uma função geral, *erga omnes* e abstrata, aplicada a todos que estiverem na mesma situação. É função de aplicação direta.
- 2) Poder Judiciário: aplica o ordenamento vigente; não inova. É uma função indireta, precisa ser provocado, é inerte. É função concreta, individual (ex. controle abstrato e concentrado – ADI/STF). Possui intangibilidade jurídica, também chamada de impossibilidade jurídica ou, ainda, coisa julgada (impossibilidade de mudança).
- 3) Poder Executivo: função de administrar; não inova o ordenamento jurídico. Atuação concreta, que atinge especificamente o indivíduo; função direta, não depende de provocação. Não é intangível; seus atos podem ser revistos, são revisíveis. Todo ato pode ser revisto pelo Judiciário, no que tange à legalidade. Coisa julgada administrativa é a impossibilidade de mudança *dentro da Administração*.

Obs. Quando não se tratar de situações corriqueiras, a função é política (ex. guerra, paz, sanção, veto)- considerada como 4ª função.

GOVERNO: é o comando, a direção do Estado; para que exista Estado independente, é necessário que exista soberania, independência na ordem internacional e

supremacia na ordem interna. Os Estados-membros gozam de *autonomia*. Governo é decisão política discricionária.

**ADMINISTRAÇÃO:** num conceito formal (orgânico ou subjetivo), “a Administração Pública é constituída por agentes, entidades” – que formam sua estrutura. Num conceito material ou objetivo, “a Administração Pública é atividade administrativa, é a prestação efetiva de serviços”. A Administração Pública é instrumento utilizado pelo Estado para desenvolver as decisões do governo – (este conceito foi questão de prova num concurso da Polícia Civil de Sergipe).

**REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO** – conjunto de regras e princípios que guardam entre si uma correlação lógica, constituindo, assim, um regime, uma unidade.

- 1) Supremacia do interesse público: pressuposto para a existência de uma sociedade, para o convívio social. É a superioridade do interesse público em face do particular; do coletivo sobre o individual (é princípio implícito na CF).
- 2) Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos: exercício da função de administrar em prol do povo. É um *munus publico*, uma obrigação, é encargo indisponível. O interesse é do povo; o administrador é um mero representante desse interesse.
- 3) Legalidade: (arts. 5º, 37, 150, da CF) – é pressuposto para um Estado de Direito, politicamente organizado e que obedece às suas próprias leis; tem duas aplicações: para o direito público, significa que o administrador só pode fazer o que a lei permite; para o particular, significa que pode fazer tudo o que a lei não proíbe (critério de não contradição à lei). O Poder Público está adstrito ao critério de subordinação à lei). *Reserva de lei* acontece quando o constituinte reserva uma matéria a uma espécie normativa, como lei complementar, lei ordinária, etc. Não é sinônimo de legalidade – esta tem um conceito mais amplo. O princípio da legalidade não exclui a discricionariedade do administrador, apenas exige a observância dentro dos seus limites.
- 4) Impessoalidade: há dois enfoques diferentes: a) o administrador não pode buscar interesses próprios, pessoais, mas públicos, impessoais, coletivos (o ato praticado por um agente, por exemplo, caso não dê certo, será respondido pelo Estado, pessoa jurídica, visto que o ato do agente é impessoal); b) o conceito de impessoalidade, dado por Celso Antônio Bandeira de Mello, aproxima-se muito do conceito da isonomia (igualdade) – proíbe as “discriminações benéficas ou detrimen-tosas”. Dois instrumentos justificam o princípio da impessoalidade: concurso público e procedimento licitatório. O CNJ e o CNMP vedaram o nepotismo, através das Resoluções n. 7 e 9 e 4 e 7, respectivamente, em nome do princípio da impessoalidade (proibição de cônjuges, companheiros, na linha reta, colateral e por afinidade, até o 3º

grau, bem como contratação de empresa que tenha um deles na direção, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, e em cargo em comissão. Vedado, também, o nepotismo cruzado, o mesmo que troca de parentes entre órgãos. Vide ADC n. 12/STF, que declarou a inconstitucionalidade, em sede cautelar, da Resolução do CNJ – O STF disse que o fim do nepotismo representa os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência).

- 5) Princípio da finalidade: divergência com o princípio da impessoalidade. Para a doutrina tradicional (representada por Hely Lopes Meirelles), finalidade, impessoalidade ou imparcialidade, são sinônimas. Para essa doutrina, finalidade quer dizer que o administrador deve buscar interesses públicos e não pessoais. Contudo, para a doutrina moderna (representada por Celso Antônio Bandeira de Mello), esses são princípios autônomos. Finalidade significa buscar o espírito da lei, a vontade maior da lei; decorre do princípio da legalidade (art. 2º, da Lei 9.784/99 – traz a autonomia da finalidade). Prevalece, hoje, o entendimento da doutrina moderna.
- 6) Princípio da moralidade: introduzido na CF/88, expressamente. Significa lealdade, boa-fé e princípios éticos, correção de atitudes, boa conduta – corolário do princípio da probidade. O conceito de moralidade é vago, indeterminado; por conta disso, é atrelado ao princípio da legalidade. O ato imoral quase sempre é ilegal, mas há atos imorais que são legais. Moralidade administrativa é mais do que a moralidade comum. Não se trata apenas do que é certo e errado; é também boa administração, buscando-se a qualidade do administrador, por isso é mais rigorosa.
- 7) Princípio da publicidade: é conhecimento, é dar ciência, divulgação ao povo, que é o titular dos direitos administrativos. É a partir da publicação que os atos administrativos produzirão efeitos; *é condição de eficácia* (art. 61, parágrafo único, da Lei 8666). O prazo do ato conta-se a partir da sua publicação – é o início do prazo para a defesa (como no caso de multa de trânsito, que se conta o prazo a partir da ciência, do recebimento, da ciência, e não da notificação); há possibilidade de controle. Publicidade é diferente de publicação. A licitação, na modalidade convite, não tem publicação, mas tem publicidade. Publicar é se fazer conhecer através de órgãos de imprensa, p. ex., no diário oficial, etc.

Obs. O *habeas data* serve para informação *sobre* a própria pessoa. O MS, para informações de *interesse* da pessoa. A CF, no art. 5º, X, veda a publicidade da vida privada, para proteger a honra e a imagem das pessoas. É uma exceção ao princípio da publicidade. Também é mitigado o princípio da publicidade quando a informação colocar em risco a segurança da sociedade (art. 5º, XXXIII, da CF) e também no caso de sigilo dos atos processuais, na forma da lei (art. 5º, LX, da CF). O administrador que não publica os atos pode responder por improbidade administrativa (art. 11,

da Lei 8429). Com a publicidade, o administrador não pode fazer promoção pessoal – deve ser publicado em observância ao art. 37, § 1º, da CF.

8) Princípio da eficiência: (a partir da EC 19/98) – está inserido expressamente na CF (art. 37, *caput*). Eficiência significa produtividade e economia, sem gerar desperdício. Eficiência quanto aos meios e os resultados. É a obtenção de bons resultados com pouco gasto. Desdobramentos:

- a) Alteração na estabilidade – art. 41, CF – avaliação de desempenho periódica pode gerar a perda da estabilidade.
- b) Racionalização da máquina administrativa (art. 169, d a CF) – o gasto com a folha de pagamento é limitado (LC 101, art. 19 – Lei de Responsabilidade Fiscal). No Estado, o gasto deve corresponder a 60%; na União, 50%. Redução dos cargos em comissão e função de confiança (20% de redução); servidores não estáveis (de acordo com a necessidade); servidores estáveis (exoneração por extinção do cargo, podendo ser recriado somente 4 anos depois, com direito a indenização).

Obs. A doutrina diz que, apesar de ser princípio constitucional, a eficiência, na prática, é quase utopia, por ser conceito vago, difícil de ser aplicado.

9) Princípio da isonomia: “tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades”. O fator de exclusão deve ser compatível com o objetivo da norma. A Súmula 683/STF diz que o limite de idade se legitima se for justificável (para concurso público).

10) Princípio da ampla defesa e do contraditório: art. 5º, LV, da CF. Muitos processos administrativos são anulados por falta desses princípios. Contraditório significa ciência, conhecimento dos atos praticados no processo. Tem duas bases:

- a) Base lógica: faz a bilateralidade da relação processual.
- b) Base política: ninguém pode ser punido sem ter conhecimento do processo.

Já o termo *ampla defesa* significa dar oportunidade à parte para que se defenda. Desdobramento:

- a) Defesa da parte antes da condenação: devesa prévia, sabendo-se previamente o procedimento e possíveis penalidades.
- b) Garantia do direito de informação dentro do processo: o STJ entende que se o processo for *disciplinar* é obrigatória a defesa técnica (por advogado ou defensor público).

- c) Direito de produção de provas: mais que isso, o interessado tem direito de *ver* a prova sendo apreciada pelo administrador.
  - d) Interposição de recurso – pode-se considerar uma fase da ampla defesa.
- 11) Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: o primeiro significa que o administrador não pode agir de forma desequilibrada, incoerente, incongruente. Dentro da razoabilidade encontra-se o princípio da proporcionalidade, que significa agir de forma equilibrada entre os benefícios e os prejuízos causados; situa-se entre a providência e o ato. Estes princípios representam limites à discricionariedade do administrador. É um controle que pode ser feito pelo Judiciário, pois o ato irrazoável ou desproporcional é ilegal, em sentido amplo. São princípios implícitos no texto constitucional. Contudo, alguns defendem que a razoabilidade é expressa, visto que através da EC 45/04, foi introduzida no art. 5º, LXXXVIII, da CF. Também são tais princípios encontrados no art. 2º, da Lei 9784/99.
- 12) Princípio da continuidade: o serviço público não pode ser interrompido. Deve ser prestado de forma ininterrupta, contínua. Todavia, o art. 6º, § 3º, da Lei 8987/95 permite que o serviço seja interrompido em três hipóteses: a) em nome da segurança; b) com comunicação do usuário quando este desrespeitar normas técnicas ou tiver inadimplente; c) quando presentes os princípios da supremacia do interesse público, da própria continuidade e da isonomia. O servidor público tem direito de greve (art. 37, VII, da CF) – O STF entende que se trata de norma constitucional de eficácia limitada. Segundo a *minoría*, trata-se de norma constitucional de eficácia contida (a Lei 7783/89 regula o direito de greve para os trabalhadores da iniciativa privada, mas a tendência do STF é que estenda esta lei também aos servidores públicos, tendo em vista a inércia do legislativo em aprovar uma lei específica para o caso). O servidor público que faz greve não pode ser demitido, mas pode ter descontado em sua remuneração os dias não trabalhados e também pode lhe ser cobrada a compensação dos dias de greve (vide Informativo n. 430/STF – MI 670, MI 72 – dois ministros, até agora (04/04/2007) entendem que deve se aplicar a Lei 7783 aos servidores públicos).

CONTINUIDADE E CONTRATO ADMINISTRATIVO: a cláusula *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) diz que uma parte não pode exigir o cumprimento da outra se ela mesma não cumpre a sua. Portanto, se a Administração não paga, segundo a corrente tradicional (Hely Lopes), essa cláusula não é aplicável aos contratos administrativos. No entanto, para a corrente moderna (Celso Antônio), está cláusula é, sim, aplicável aos contratos administrativos, mas o contratado deve prestar o serviço mesmo sem o pagamento da Administração, por até 90 dias. Após esse prazo, aplica-se a cláusula da exceção do contrato não cumprido (art. 78, XV, da Lei 8666/93 - Licitação).

USUÁRIO INADIMPLENTE: o serviço pode ser interrompido, por falta de pagamento por parte do usuário, desde que haja prévia comunicação (o corte do serviço se dá sob três fundamentos: o próprio princípio da continuidade, ou seja, se se permite a continuidade do serviço a quem não paga, os demais poderão também ter o serviço interrompido, ante o prejuízo causado ao prestador; pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e pelo princípio da isonomia). Quando a própria Administração é a usuária, é preciso que se analise o caso concreto. No caso de hospitais, p. ex., o corte de energia poderá gerar mortes – é preciso aplicar o princípio da supremacia.

13) Princípio da autotutela: a Administração Pública pode rever os seus próprios atos. Se ato ilegal, através da anulação. Se inconveniente, através da revogação (vide Súmulas 346 e 473, do STF). Para Maria Sylvia Zanella de Pietro, autotutela também significa a obrigação de zelar, de cuidar dos seus próprios bens.

14) Princípio da especialidade: quando a Administração direta cria uma pessoa da Administração indireta, depende de lei (seja para criar ou autorizar). Este princípio quer dizer que as pessoas jurídicas da Administração indireta estão vinculadas às finalidades para as quais foram criadas. O que a lei definiu o ato administrativo não pode destruir. Há entendimento atual, dizendo que também se aplica esse princípio aos órgãos públicos em geral.

15) Princípio da presunção de legitimidade: legitimidade + legalidade + veracidade = presunção relativa (*iuris tantum*). O ônus da prova cabe ao particular, ao administrado.

## ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Forma de prestação da atividade administrativa:

- Administração direta: prestação centralizada. Entes políticos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. O Decreto-Lei 200/67 diz que quando há transferência de um ente para outro, há descentralização (a doutrina diz que essa é uma descentralização política, afeta ao direito constitucional). Quando a pessoa jurídica da Administração direta transfere para a Administração indireta ou para particulares, há uma descentralização administrativa.
- O deslocamento da atividade administrativa dentro de um mesmo núcleo, de uma mesma pessoa jurídica, chama-se *desconcentração*.
- Na descentralização não há hierarquia, mas controle, fiscalização.
- Na desconcentração há hierarquia.

Hipóteses de descentralização:

- **Outorga:** transferência da titularidade + execução do serviço. Só é possível para as pessoas da Administração indireta de direito público (autarquias e fundações públicas). A outorga é feita através de lei.
- **Delegação:** transferência da execução do serviço. Pode ser feita através de lei para as indiretas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista); através de contrato, para as particulares; através de ato unilateral, para as autorizatárias. Também é possível a transferência do serviço através de lei (“quem pode o menos pode o mais”).

## ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Obs. Leitura do Decreto-Lei 200/67.

Teorias da relação do Estado com o agente público:

- **Do mandato:** o agente age através de mandato – teoria afastada pela doutrina, pois a pessoa jurídica não pode fazer adotar o mandato sem a presença da pessoa física.
- **Da representação:** o agente escolhido como representante da pessoa jurídica (teoria não aceita, pois o Estado é sujeito responsável, não precisando ser representado, tendo em vista sua capacidade).
- **Do órgão ou da imputação:** adotada no Brasil. O agente de acordo com a vontade do Estado; a vontade do Estado lhe é imputada. Nossa estrutura é dividida em órgãos públicos, centros especializados de competência. Na Administração indireta também existem órgãos públicos (como postos do INSS, que é uma autarquia – art. 1º, da Lei 9784/99); órgão público não tem personalidade jurídica, não podendo ser sujeito de direito. Os atos são imputados à pessoa jurídica a que o órgão pertence. Os órgãos, apesar de não terem personalidade jurídica, têm CNPJ, apenas para fiscalização do dinheiro que movimentam, através da Receita Federal. O órgão público também pode ir a juízo, desde que como sujeito ativo, em busca de prerrogativas funcionais. Alguns admitem o órgão público, em juízo, como sujeitos passivos; podem ter representante próprio; não pode celebrar contrato, sendo apenas interveniente, gestor do contrato; pode fazer licitação.

Classificação dos órgãos públicos:

- 1) De acordo com a sua posição estatal:
  - a) **Independentes:** o que goza de independência, que está no topo da estrutura estatal e que não sofre qualquer relação de subordinação (Congresso, Assembléia, Prefeitura, Câmara, Governadoria, STF, STJ, juízes monocráticos, etc.).

- b) Autônomos: goza de autonomia, mas subordinados aos independentes (ministérios, secretarias de Estado, secretarias municipais, etc.).
- c) Superiores: não são independentes nem autônomos, mas têm poder de decisão (gabinetes, procuradorias, etc.).
- d) Subalternos: órgãos de execução; nada decidem (seções administrativas, recursos humanos, almoxarifado, etc.).

2) De acordo com a estrutura:

- a) Simples: os que não têm estrutura agregada, não têm ramificação, subdivisão (gabinetes, procuradorias, etc.).
- b) Compostos: têm ramificação, outros órgãos agregados (delegacias de ensino, hospitais).

3) De acordo com a atuação funcional (pessoas que o compõem):

- a) Singulares: decisão de um único agente (presidente da República, governadores, prefeitos, juiz monocrático). São órgãos unipessoais.
- b) Colegiados: decisão plural (tribunais, casas legislativas).

## ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Características de todas as pessoas jurídicas da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações):

- Personalidade jurídica própria – autonomias administrativa, técnica e financeira. Gozam de patrimônio próprio e respondem por suas obrigações; possuem receita própria.
- Criação/extinção: art. 37, XIX, da CF – por lei ordinária específica; também são *autorizadas* através de lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado. As autarquias e as fundações públicas são *criadas* por lei. A lei complementar disporá sobre as finalidades das fundações.

Obs. As fundações podem ser públicas ou privadas. As privadas é matéria de Direito Civil. Quando a fundação pública é pessoa jurídica de direito público, considera-se como espécie de autarquia, portanto, *criada* por lei (art. 37, XIX, da CF). As fundações públicas de direito privado são *autorizadas* por lei, assim como as sociedades de economia mista e as empresas públicas (entendimento jurisprudencial).

- Paralelismo jurídico: sempre que a lei cria, ela também pode extinguir.
- Não possuem fins lucrativos: o que não quer dizer que não tenham lucro. Seu “fim” não é o lucro, não foi criada para isso. A finalidade é o interesse público, embora possa vir a obter lucros (vide art. 173, CF) – mesmo quando interfere na economia, o interesse é público (questão de concurso).
- Controle: dentro da própria estrutura, interno. Mas há a possibilidade de controle externo. A Administração direta controla a Administração indireta, através do Poder Judiciário, do Poder Legislativo (CPI e tribunal de contas); Poder Executivo (supervisão ministerial, de acordo com a área de atuação). A supervisão controla a finalidade dessas pessoas jurídicas (princípio da especialidade); controle de receitas e despesas e de nomeação de seus dirigentes. Outro tipo de controle externo é o feito pelo cidadão, através de ação popular, reclamação, etc.

### Autarquia

Pessoa jurídica de direito público; goza de personalidade própria e autonomia, para a prestação de serviço público. É a que mais se aproxima da Administração direta. Não tem autonomia política, só financeira, técnica e administrativa:

- Seus atos são administrativos
- Seus contratos são administrativos, sujeita à Lei 8666/93 (licitação).
- Sua responsabilidade é objetiva (art. 37, § 6º, da CF); independe de culpa ou dolo.
- O prazo prescricional é de 5 anos (Decreto 20.910/32).
- Os bens são públicos (inalienáveis, em regra; não são penhoráveis, arrestáveis e seqüestráveis; não oneráveis - hipoteca).
- Regime de precatório para débitos judiciais (alimentos têm fila própria de precatório).
- Privilégio processual: prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188, do CPC); reexame necessário (duplo grau de jurisdição – art. 475, do CPC) – enquanto não reexaminado, não faz coisa julgada.
- Competência para julgamento de ações: autarquia federal, Justiça Federal; autarquia estadual, Justiça Estadual.
- Imunidade tributária (recíproca) – art. 150, VI, ‘a’, da CF, e seu § 2º. Paga taxa e contribuição. Só não paga imposto referente à sua finalidade específica.
- Procedimentos financeiros públicos (Lei 4320/64; LC 101/00).

- Regime de pessoal: estatutário (servidor público). Podem ser também celetistas (a partir da EC 19/98).
- Exemplos de autarquias: INSS, INCRA; universidades federais (autarquias culturais); INMETRO, IBAMA, BC (autarquias administrativas); agências reguladoras; OAB, CRM (autarquias profissionais).
- Os conselhos de classe têm natureza de autarquia (art. 58, da Lei 9649/98 - pessoa jurídica de direito privado). O STF disse que conselho de classe não pode ser de direito privado, visto que não se admite poder de polícia à pessoa de direito privado (ADI 1717). Regra geral, a anuidade é tributária, a execução é fiscal, a contabilidade é pública e o concurso é público.

Obs. A OAB, embora entidade de classe, foge das regras acima (considerados, por muitos e bons doutrinadores, como um “monstro autárquico”). O STF, através da ADI 3026, entendeu que a OAB não está sujeita a concursos.

### **Autarquias de regime especial**

Quando foram criadas, a idéia era de mais liberdade, mais autonomia, ligadas às universidades públicas; hoje, engloba também as agências reguladoras. Vejamos:

Agências reguladoras:

- Controla, fiscaliza e regula atividades desenvolvidas pelos particulares, complementando a lei. Não têm autonomia política.
- As autarquias de regime especial têm mais autonomia, mais liberdade, investidura especial de seus dirigentes, nomeação feita pelo Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.

Obs. O Banco Central, apesar de ser autarquia comum, tem seus dirigentes investidos de forma especial (art. 52, da CF).

- O mandato do dirigente de agência reguladora é fixo, dependendo da lei que a cria. Há projeto de lei tramitando no CN para unificar o prazo em 04 anos. Encerrado o mandato, está sujeito à “quarentena” (apesar do nome, pode variar de 04 a 12 meses). Só depois poderá exercer atividade na iniciativa privada (Lei 9986/00).
- Está sujeita à licitação – a Lei 9472/97 diz que as agências têm procedimento próprio para licitação (consulta e pregão), excluindo-a da Lei 8666. Porém, a ADI 1668 entendeu por declarar inconstitucionais os artigos da Lei 9472. Estão sujeitas à Lei 8666, mas somente nas modalidades consulta e pregão. A consulta ainda depende de regulamentação.

- Num primeiro momento, o regime de pessoal era o de contrato temporário + CLT (Lei 9986/00); hoje, o regime (Lei 10.871/04) deve ser o estatutário para as agências reguladoras.
- Exemplos de agências: ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ, ANS, ANVISA, ANAC, ANP, ANA, ANCINE.
- Algumas recebem, impropriamente, o nome de agências, mas não são de regime especial: ADA (Agência de Desenvolvimento da Amazônia), ADENE (Agência de Derivados do Nordeste), AEB (Agência Espacial Brasileira), ABDI (Agência Brasileira de Desenvolvimento da Indústria) e APEX-BRASIL – essas são, na verdade, serviços sociais autônomos, não agências. A ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) é, na verdade, um órgão, e não agência.
- Agência reguladora de regime especial, mas que não recebe nome de agência: CVM (Comissão de Valores Mobiliários – Lei 10.411/02).

### **Fundação pública**

Instituída pelo Poder Público. Patrimônio destacado por um fundador para uma finalidade específica (*universitas bonorum*).

- Pode ser fundação pública de direito público – espécie de autarquia, *criada* por lei (Celso Antônio Bandeira de Mello).
- Pode ser fundação pública de direito privado, chamada de fundação governamental – segue o regime de empresa pública e sociedade de economia mista, *autorizada* por lei (Decreto-Lei 200/67 – direito privado; a partir da CF/88, passou a ser de direito público) – Hely Lopes Meirelles.

### **Agências executivas**

Status temporário de uma velha autarquia ou velha fundação, que necessita ser modernizada, através de um plano de estratégica, através de um contrato de gestão com a Administração Pública, para adquirir mais autonomia (mais liberdade e mais dinheiro). Só será agência executiva enquanto durar o contrato de gestão. Após, volta a ser autarquia ou fundação. A dispensa de licitação tem valor maior para as agências executivas, o dobro do estabelecido no art. 24, parágrafo único, da Lei 8666/93. Como exemplo de agência executiva temos o INMETRO.

### **Empresas estatais**

EMPRESA PÚBLICA: pessoa jurídica de direito privado, composta por capital exclusivamente público, e tem por finalidade prestar serviços públicos e explorar ati-

vidade econômica, em qualquer modalidade empresarial. Quando se tratar de empresa pública federal, a competência para julgamento das ações será da Justiça Federal (art. 109, da CF). Empresas públicas estaduais ou municipais têm a competência da Justiça Estadual para julgar suas ações.

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA:** pessoa jurídica de direito privado, composta por capital misto (parte pública e parte privada), sendo que a maioria do capital votante deve estar nas mãos do Poder Público. Serve para prestar serviços públicos e exploração de atividade econômica, somente na modalidade de sociedade anônima (S/A). Quando a sociedade de economia mista for federal, estadual ou municipal, a competência para julgar as suas ações será da Justiça Estadual.

Finalidades:

- Prestadoras de serviços públicos (regra) – apesar de serem pessoa jurídica de direito privado, não é verdadeiramente privado, mas misto: ora se aproxima do privado, ora do público; é o chamado *regime híbrido*.

Regime jurídico das empresas estatais:

- A criação das empresas estatais dependem de *autorização* legal + o registro nos órgãos competentes. São extintas também por lei (paralelismo jurídico). As subsidiárias também estão sujeitas às mesmas regras.
- Sofrem controle interno e externo (tribunais de contas).
- Não estão sujeitas à falência (art. 2º, da Lei 11.101/05).
- A responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da CF será aplicada às prestadoras de serviço público; sendo de exploração econômica, a responsabilidade será apurada por meio do Código Civil. No primeiro caso (art. 37, § 6º, da CF), a responsabilidade é *subsidiária* do Estado; primeiro cobra-se da empresa, depois do Estado. No segundo caso (Código Civil), o Estado não pode ser chamado à responsabilidade; a própria empresa responde por seus atos.
- As prestadoras de serviço público estão sujeitas à licitação (art. 37, XXI, da CF). As exploradoras de atividade econômica podem ter estatuto próprio por lei específica (art. 173, § 1º, III, da CF); como ainda não existe a tal lei, vale a regra geral da licitação. Mas há hipóteses em que a licitação é dispensada ou inexigível (arts. 24 e 25, da Lei 8666/93). No caso de dispensa, o limite para as empresas estatais é dobrado. Nas atividades fins, a licitação é inexigível.
- Não gozam de privilégios processuais; não têm privilégios não extensíveis à iniciativa privada (art. 173, § 2º, da CF).
- Quem atua nas empresas estatais está sujeito ao regime de pessoal celetista, por ser pessoa jurídica de direito privado. São chamados “servidores de entes governamentais de direito privado” (possuem emprego). Equiparam-se aos servidores públicos, em alguns aspectos: ingresso através de concurso

público; sujeito ao regime de não acumulação; estão sujeitos a teto remuneratório (art. 37, § 11, da CF), salvo quando não receber dinheiro para custeio; estão sujeitos à lei de improbidade – 8429/92; são funcionários públicos para a lei penal (art. 327, do CP); sujeitos a remédios constitucionais (MS, HC, etc.); a dispensa do empregado é imotivada (Súmula 390, TST e OJ – Orientação Jurisprudencial n. 247). Vide MS 25.888 – caso Petrobrás – Acórdão 36/2006 – TCU.

### **Entes de cooperação**

São entes paraestatais; paralelo ao Estado; cooperam com o Estado. O prefixo *para* quer dizer *ao lado de, paralelo*. 1º setor: Estado; 2º setor: mercado; 3º setor: entes de cooperação; 4º setor: economia informal (inclusive a prática da pirataria).

- Pessoas jurídicas de direito privado; desenvolvem atividade de interesse público, sem fins lucrativos; estão fora da Administração, mas paralelos a ela.
- Serviços sociais autônomos: “sistema S” (SESC, SEBRAE, SENAC, SESI, etc.). Tem por finalidade o fomento (incentivo) das diversas categorias profissionais. sobrevivem através de dotação orçamentária; aptidão para cobrar tributos, através da parafiscalidade (contribuição parafiscal); estão sujeitas a controle pelo tribunal de contas; sujeitos à licitação de sistema simplificado; regime de CLT; sem privilégios processuais; competência para julgamento das ações é da Justiça Estadual.
- Entidades de apoio: pessoa jurídica de direito privado; apóia universidades e hospitais públicos para incentivo à pesquisa, etc. Podem ser constituídas com natureza de fundação, cooperativa ou associação; celebra com a universidade ou o hospital um convênio; sua sede é a da própria universidade ou hospital; recebem, através de convênio, bens públicos, servidores públicos e dotação orçamentária; não tem lei específica (ausência legislativa); a única hipótese de lei específica é para as que funcionam nas universidades públicas – Lei 8958/94.
- Organizações sociais: pessoa jurídica de direito privado, fora da Administração, sem fins lucrativos (Lei 9637/98). Servem para prestação de serviços públicos no ensino, meio ambiente, pesquisa, saúde e cultura. Nasceram de antigas estruturas da Administração para transferirem a uma pessoa jurídica da iniciativa privada; celebra com a Administração um “contrato de gestão”, através do qual recebe bens, servidores e dotação orçamentária; controle pelo tribunal de contas; sujeitas à licitação, salvo a regra do art. 24, XXIV, da Lei 8666/93; conselho formado por administradores públicos.
- OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: Lei 9790/99 - pessoa jurídica de direito privado; fora da Administração; serve para prestação de serviços públicos; já existiam na iniciativa privada a pelo menos um ano; o vínculo jurídico é através de um “termo de parceria”; não pode ser uti-

lizada para necessidades permanentes, mas para planos de modernização; recebem recursos públicos através de ordem bancária, sem participação no orçamento; sua administração é privada, sem interferência de servidores; se sujeita à licitação e controle por tribunal de contas.

## PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

Também chamados de “poderes administrativos”. São prerrogativas, instrumentos para perseguir o interesse público. Características:

- a) Poder-dever; não é mera faculdade; é exercício obrigatório.
- b) Irrenunciável.
- c) A autoridade deve ser competente.
- d) Cabe responsabilização.

De acordo com o grau de liberdade do administrador, o poder pode ser *vinculado* ou *discricionário* (para Celso Antônio Bandeira de Mello, vinculado e discricionário são atos, não poder). No vinculado, o administrador não tem liberdade (ex. aposentadoria, depois de preenchidos os requisitos). No discricionário, o administrador tem liberdade, tem juízo de valor, conveniência e oportunidade (ex. permissão de uso de bem público – autorização para utilização de cadeiras na calçada, por proprietário de barzinho).

- Poder disciplinar: pode aplicar sanção em razão da prática de uma infração funcional. Atinge aquele que está na intimidade da Administração, o agente público. Só atinge o particular que se encontra em colaboração, no exercício de uma função pública. Só existe poder disciplinar se existir hierarquia. O poder disciplinar, em regra, é discricionário, visto depender de um juízo de valor do administrador para ser aplicado. Na instauração do processo, o poder é vinculado, bastando que haja uma infração para ser o administrador obrigado a instaurá-lo.
- Poder hierárquico: Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “poder do hierarca”. Dá ao administrador a prerrogativa de estruturar, escalonar, organizar os quadros na Administração. O hierarca dá ordem e fiscaliza/controla os atos praticados pelo subordinado; também permite a avocação de funções (retomada); permite a revisão dos atos.
- Poder regulamentar: é o que permite ao administrador disciplinar, regulamentar, normatizar matéria previamente prevista em lei (ex. lista de entorpecentes feita pela ANVISA). Pode este poder ser exercido por meio de regulamentos, portarias, resoluções, instruções. Zanella di Pietro chama de “poder normativo”, tendo em vista ser mais abrangente. Decreto é a forma, é a moldura dada ao regulamento; é o conteúdo do regulamento; “decreto regu-

lamentar executivo” complementa a lei, não cria obrigação ou situação nova; “decreto regulamentar autônomo/independente” cria obrigação nova, exercendo o papel de lei (não é visto com bons olhos aqui no Brasil – aplica-se em casos divergentes). Uma primeira corrente o admite livremente (Hely Lopes); uma segunda entende que jamais poderá ser ele usado (Celso Antônio); uma terceira corrente, encabeçada pelo STF, entende que, em algumas situações, é possível fazer uso do decreto regulamentar autônomo. O art. 84, VI, da CF traz as situações possíveis – artigo alterado pela EC 32/01. É passível de controle pelo Congresso Nacional (art. 49, V, da CF); pelo Poder Judiciário, através de ADI e outras ações, quando ofende “relação de compatibilidade vertical”.

- Poder de polícia: significa restringir, limitar, frenar a atuação do particular em nome do interesse público (vide art. 78, do CTN). É compatibilização de interesses sociais. O poder de polícia não gera indenização. É corolário do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Não atinge a pessoa do administrado, mas os seus direitos, os seus interesses, suas atividades.

Fundamento teórico do poder de polícia:

- a) Exercício da Administração através de uma supremacia especial entre ela e o destinatário; quando tem vínculo direto, jurídico, não é poder de polícia.
- b) Só existe poder de polícia quando realizado via supremacia geral, regulado para todos que se encontram em determinada situação, sem vínculo direto com A ou B; aqui não há relação jurídica; inexistente relação direta entre a Administração e o administrado.

Características do poder de polícia:

- a) Preventivo: evitar epidemias, acidentes de trânsito, etc. O poder de polícia pode ser normativo, determinando regras prévias, fiscalizador. Pode também ser repressivo, aplicando pena, sanção.
- b) Negativo: estabelece uma abstenção, uma obrigação de não fazer.
- c) Obedece a regra de competência: o município poderia cobrar multa da União, por descumprimento desta. Não poderia cobrar tributo, por conta da isenção recíproca entre os entes públicos. Se o interesse for local, a competência é do município; se for regional, a competência é do Estado; se nacional, a competência é da União.

Atributos do poder de polícia:

- a) Discricionariedade: não é atributo absoluto, mas é a regra (ex. licença é ato vinculado; autorização é discricionária). O STF entende que, tratando-

se de *licença para construir*, mesmo sendo ato vinculado, pode ser revogada, desde que ainda não iniciada a obra. Celso Antônio diz que não se pode revogar o que é vinculado, mas pode-se “desapropriar o direito à licença”.

b) Autoexecutoriedade: prática dos atos, independentemente da presença do Poder Judiciário, mas obedecidas as formalidades. Subdivide-se em dois elementos:

b.1) Exigibilidade: é decidir sem a presença do Judiciário; meios indiretos de coerção (todo ato administrativo tem exigibilidade).

b.2) Executoriedade: meio direto de coerção (nem todo ato administrativo tem executoriedade); é necessário que esteja previsto em lei ou quando necessário em caso de urgência (ex. dissolução de tumulto).

Obs. Só há verdadeiramente autoexecutoriedade quando presentes os dois elementos: exigibilidade e executoriedade.

c) Coercibilidade: obrigatoriedade, imperatividade; quando o ato traz uma obrigação.

Obs. O poder de polícia está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Não é possível delegação do poder de polícia; delegação é transferência aos particulares (o STF entendeu nesse sentido, em nome da segurança jurídica). Porém, os atos materiais de polícia podem ser delegados (ex. tirar fotografia; empresas contratadas para fazer implosão, etc.). É sempre bom lembrar que o poder de polícia não se confunde com polícia judiciária. Esta é exercida pela Polícia Civil.

## ATOS ADMINISTRATIVOS

- Fato: acontecimento natural. Quando atinge a órbita do Direito, fala-se em fato jurídico; se atinge a órbita administrativa, fala-se em fato administrativo.
- Ato: manifestação de vontade do homem. Produzindo efeito na órbita do Direito, fala-se em ato jurídico. Efeito na órbita administrativa, ato administrativo. Atos jurídicos são sinônimos de fatos administrativos, segundo Diógenes Gasparinni. Uma conduta material não é ato de vontade, é fato administrativo (ex. digitar um ofício, professor ministrando aula, motorista dirigindo ambulância, etc.). Aqui não há manifestação de vontade; são meros trabalhos dos agentes públicos, que geram direito, embora não produzam efeitos específicos.
- Diferenças entre ato e fato administrativo: a) no fato, não há manifestação de vontade; b) no ato, há manifestação de vontade; c) o fato não se anula ou revoga; d) o ato é anulável e revogável; e) o fato não é presumível, é um acontecimento; f) o ato é presumível, pois é uma manifestação de vontade.

- Atos da administração: praticados pela Administração Pública, pode ser regido pelo direito público ou pelo direito privado (ex. contrato de locação). Quando a Administração pratica um ato regido pelo direito público, também são chamados atos administrativos.
- Quando os atos administrativos são praticados pelo Legislativo, pelo Judiciário, por concessionários ou permissionários, a doutrina diz que eles estão fora da Administração, o que leva à conclusão de que atos da Administração são os praticados pelo Poder Executivo.
- Ato administrativo, portanto, nada mais é do que a manifestação de vontade do Estado ou de quem o representa, exercendo prerrogativas públicas, regidas pelo direito público, complementar à lei e sujeito a controle do Poder Judiciário (em sentido estrito, acrescenta-se no conceito duas características: unilateral e concreto).
- Elementos ou requisitos do ato administrativo:
  - a) Celso Antônio diz que elemento é o que está dentro do ato. O que está fora é pressuposto, que pode ser de existência e validade. Existência: condição para que exista o ato administrativo; é preciso exteriorização, manifestação de vontade. Para ser administrativo, o ato tem que atingir a órbita administrativa. Validade: quando obedece as condições legais.

Obs. Essa é uma divisão feita por Celso Antônio, que ainda não é majoritária. A doutrina majoritária traz os elementos sem essa divisão.

- b) Elementos segundo a doutrina majoritária: art. 2º, da Lei 4717/65 – Ação Popular:
  - b.1) Sujeito competente: quem produz o ato, no exercício de prerrogativa pública, ou seja, o agente público (quem exerce função pública, com ou sem remuneração), que deve ser o competente para praticar o ato (a competência é prevista na lei ou na CF).
  - b.2) Características da competência: exercício obrigatório, irrenunciável, imodificável, não admite transação, improrrogável, imprescritível. Excepcionalmente, admite-se a delegação da competência, desde que devidamente justificada. É permitida também a avocação da competência (vide arts. 11 a 15, da Lei 9784/99). A delegação da competência, em alguns casos, é proibida: quando a competência for exclusiva; o ato normativo; a decisão administrativa em recurso. Critérios da competência: territorial, em razão da matéria, em razão da hierarquia.
- c) Forma – aspectos: para existir ato administrativo é preciso a exteriorização da vontade, formalidades específicas; o ato administrativo tem como requisito de forma a existência de um procedimento administrativo prévio (processo), com contraditório e ampla defesa, motivação, regra de so-

lenidade (atos escritos), mas é passível de “atos gesticulados” (ex. ordem de guarda de trânsito). Os contratos administrativos são, em regra, escritos, salvo o de pronta entrega e o de pronto pagamento, até quatro mil reais. O silêncio administrativo significa um nada jurídico, pois não houve manifestação de vontade, exceto quando a lei determinar expressamente que o silêncio produzirá efeitos e gerará controle do Poder Judiciário; o silêncio administrativo é uma lesão ao direito de petição. Quando se tratar de ato estritamente vinculado, segundo Celso Antônio, o Judiciário pode resolver no caso concreto (não é posição majoritária). Vícios: meras irregularidades e os que geram a invalidação do ato. As primeiras não geram prejuízo ao ato, não o invalidando. Os vícios que geram prejuízo podem ser sanáveis pela convalidação. Mas existem vícios insanáveis, que tornam o ato ilegal, possíveis de anulação.

- d) Motivo: fundamento jurídico que leva à prática do ato + o fato, o acontecimento que leva à prática do ato (ex. dissolução de passeata tumultuosa – ato: dissolução da passeata; fato: tumulto da passeata; motivo: tumulto). Se o motivo do ato for ilegal, ele será nulo. Para que o motivo seja legal, deve preencher algumas condições: materialidade (deve ser declarado e ser verdadeiro); o motivo do ato deve ser compatível com a previsão legal; o motivo declarado no ato deve ser compatível com o resultado (Celso Antônio chama isso de “causa”, pressuposto lógico de validade). O motivo é algo objetivo, palpável. O móvel é subjetivo, o que está na cabeça do administrador. A motivação é obrigatória (fundamentação). Exigências: art. 1º, II, da CF (direito à cidadania); art. 1º, parágrafo único (o poder emana do povo) – esses princípios exigem, implicitamente, a motivação. E mais: art. 5º, XXXV, da CF; art. 5º, XXXIII, ‘b’, da CF; art. 93, X, da CF; art. 50, da Lei 9784/99 (norma infraconstitucional expressa). A motivação não pode ser posterior, mas anteriormente ou, no máximo, contemporânea (momento em que se pratica o ato). Não se deve confundir motivo com motivação. O primeiro é o fato, a segunda é a explicação, a justificativa, a co-relação lógica entre os elementos do ato administrativo.
- e) Teoria dos motivos determinantes: uma vez declarado o motivo, ele terá de ser cumprido; vincula o administrador ao motivo declarado; esse motivo, obviamente, tem que ser verdadeiro. Exceção: admissão ou exoneração *ad nutum* dos servidores em cargo em comissão. Porém, se nesse caso o administrador motivar a exoneração, ele terá que obedecer. Outra exceção à teoria: tredestinação (mudança do destino – Decreto 3365/41). Dentro da desapropriação, desde que mantida a razão de interesse público.
- f) Objeto: resultado imediato do ato administrativo; é o resultado prático. Ex. na dissolução de passeata, o objeto é a dissolução; é o que o ato faz em si mesmo. O objeto deve ser lícito, possível e determinado. Lícito é o que está previsto em lei (no Código Civil, é o que não é proibido). Possível é o faticamente cabível; determinado é o conhecido. Para Celso Antônio, esse resultado prático tem como conteúdo: decisão (manifestação de vontade) e assunto (pressuposto de existência).

- g) Finalidade: é o que se busca com o ato, olhando para o futuro. No exemplo da dissolução da passeata tumultuosa, é a paz pública. Com a finalidade busca-se o interesse público, tendo resultado mediato. Finalidade desviada, chamada de “desvio de finalidade”, apresenta vício tanto na finalidade quanto no motivo.

### Paralelo entre atos vinculados e atos discricionários

	Atos vinculados	Atos discricionários
Competência	Vinculado	Vinculado
Forma	Vinculado	
Motivo	Vinculado	Discricionário
Objeto	Vinculado	Discricionário
Finalidade	Vinculado	

Obs. A competência, a forma e a finalidade, mesmo quando provêm de atos discricionários são vinculados, não podendo o administrador discutir a conveniência ou oportunidade. O Poder Judiciário não faz controle de mérito do ato administrativo, mas pode controlar o motivo e o objeto, no que tange à legalidade. O mérito é a conveniência e a oportunidade. Celso Antônio diz que a forma e a finalidade são, em regra, vinculadas. Porém, quando a lei oferecer mais de uma alternativa, tornam-se elementos discricionários (ver art. 62, da Lei 8666/93).

### Atributos do ato administrativo

- 1) Presunção de legitimidade: leia-se também ‘presunção de legalidade, de veracidade’. É presunção relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário.
- 2) Autoexecutoriedade: o mesmo do poder de polícia. É a ausência de controle pelo Poder Judiciário, embora nada impeça o controle posterior (de legalidade, de constitucionalidade) através de liminares em mandado de segurança e em ação popular, por exemplo. A autoexecutoriedade não dispensa o formalismo (processo, notificação, ampla defesa, contraditório, devido processo legal). Autoexecutoriedade divide-se em exigibilidade (decidir sem o Judiciário – meio coercitivo indireto) e executoriedade (meio coercitivo direto). Nem todo ato tem executoriedade (somente em situação urgente ou com previsão legal). Por outro lado, todo ato tem exigibilidade. Portanto, em regra, nem todo ato tem autoexecutoriedade, visto ser a soma dos dois: exigibilidade e executoriedade.

- 3) Imperatividade: leia-se obrigatoriedade, imposição do Estado aos administrados. Nem todo ato tem imperatividade, como no caso dos *enunciativos*, que garante direitos. Ato enunciativo é aquele que certifica, que atesta ou emite opinião, não gozando, por isso, de imperatividade. Celso Antônio introduz um quarto atributo: a “tipicidade” – todo ato tem uma aplicação específica ao caso, o seu encaixe.

Obs. Os atributos dos atos administrativos formam uma sigla, para memorização: PAI (Presunção, Autoexecutoriedade e Imperatividade).

### **Classificação do ato administrativo**

1) Quanto aos destinatários:

- Geral: atinge a coletividade como um todo, sem destinatário determinado.
- Individual: o que tem destinatário determinado, alvo certo. Pode ter um único ou vários destinatários determinados. No primeiro caso é individual e singular; no segundo caso, é ato individual plúrimo.

2) Quanto ao alcance:

- Interno: produzem efeitos dentro da própria Administração. Não precisam ser publicados, bastando ciência pessoal aos servidores.
- Externos: produzem efeitos para fora da Administração. Mas também produzem efeitos dentro da Administração (ex. a mudança de horário de funcionamento de determinado órgão).

3) Quanto ao grau de liberdade:

- Vinculado: não tem juízo de valor, gerando direitos subjetivos.
- Discricionário: liberdade do administrador, admitindo-se juízo de valor, conveniência e oportunidade. Mas tudo isso deve ser praticado nos limites da lei.

4) Quanto ao objeto: (na prática, não se utiliza mais).

- Império: obrigatório, praticado com supremacia, com superioridade da Administração em relação ao particular, com desigualdade, com desequilíbrio.
- Gestão: praticado pelo administrador em patamar de igualdade com o particular (ex. contrato de locação).
- Expediente: nada decide, apenas impulsiona o processo.

5) Quanto à formação do ato:

- Simples: tem apenas uma manifestação de vontade, tornando-se perfeito e acabado.
- Composto: mais de uma manifestação, dentro de um mesmo órgão, em patamar de desigualdade. A primeira manifestação é principal e a segunda é secundária (ex. os que dependem de visto do superior).
- Complexo: mais de uma manifestação, dentro de órgãos diferentes, em patamar de igualdade (ex. nomeação de dirigente de agência reguladora: nomeação do presidente, com aprovação prévia do Senado).

Obs. Alguns doutrinadores acrescentam outras classificações ou outras “modalidades”:

- a) Ato normativo: permite a fiel execução da lei, que regulamenta, que normatiza. Ato normativo é exercício de poder regulamentar (ex. regulamento, resolução, deliberação – decreto é a moldura, a forma com que se publica o ato, não se confundindo com aquelas modalidades anteriores. A resolução, regulamento, etc., é o conteúdo do decreto). No Brasil, é possível o “decreto regulamentar autônomo” (art. 84, VI, da CF, e art. 125, da CF).
- b) Ato ordinatório: o que organiza, que coloca ordem na Administração, que escalona, hierarquiza e estrutura os seus quadros. É o exercício do poder hierárquico.
- c) Ato negocial: manifestação da vontade da Administração coincidente com a vontade do particular (ex. autorização, permissão).
- d) Ato enunciativo: que estabelece uma opinião, certifica ou atesta, não gozando de imperatividade (ex. atestados, certidões e pareceres).
- e) Ato punitivo: o que institui uma sanção, uma penalidade. É exercício do poder de polícia e do poder disciplinar.

### **Formação, validade e eficácia dos atos administrativos**

- 1) Quanto à formação: perfeito – o que conclui o seu ciclo de formação.
- 2) Quanto à validade: quando preenche todos os requisitos.
- 3) Quanto à eficácia: quando o ato produz efeitos. O ato pode ser perfeito, válido e eficaz. Pode ser perfeito, inválido e eficaz (ex. concurso com fraude, descoberta após aprovação dos candidatos) – enquanto não declarado o vício, o ato produz todos os efeitos. Pode ser perfeito, válido e ineficaz (ex. contrato celebrado pela Administração e não

publicado – só produzirá efeitos quando publicado – art. 61, parágrafo único, da Lei 8666). Pode ser perfeito, inválido e ineficaz (ex. contrato celebrado pela Administração sem licitação e sem publicação). Veja que o ato será sempre perfeito. Poderá ser inválido e ineficaz.

Obs. Os efeitos do ato podem ser típicos (naturais, específicos) ou secundários (não esperados), são chamados atípicos. Podem ter efeitos preliminares, antes da perfeição do ato, no meio de sua trajetória, antes de concluir o ciclo. Mesmo antes da formação completa, já produz efeitos: é o chamado “efeito prodômico” (preliminar). Efeito reflexo acontece, por exemplo, em desapropriação de imóvel locado: atinge o proprietário e o locatário, indiretamente.

### **Extinção do ato administrativo**

- 1) Conclusão do objeto ou produção dos efeitos (ex. contrato de obra; após a conclusão desta, extingue-se o ato; concessão de férias gozadas).
- 2) Desaparecimento do sujeito ou do objeto (ex. falecimento do servidor investido na Administração, gerando vacância do cargo; enfiteuse de terreno de marinha, que foi invadido pelo mar, com perda da enfiteuse, faz extinguir o ato por perda do objeto).
- 3) Renúncia: quando o interessado renuncia ao seu direito, fazendo extinguir o ato.
- 4) Decorrente de ato da administração – por revogação, anulação, caducidade, contraposição, cassação.
  - a) CASSAÇÃO: no caso de descumprimento das condições impostas inicialmente.
  - b) CADUCIDADE: superveniência de uma norma jurídica (lei) que impede que o ato administrativo continue existindo (ex. lei retira lei: revogação; ato retira ato: revogação; lei retira ato: caducidade).
  - c) CONTRAPOSIÇÃO: dois atos administrativos de competência diferente, em que o segundo elimina os efeitos do primeiro (ex. nomeação seguida da exoneração).
  - d) ANULAÇÃO: provém de uma ilegalidade declarada pela Administração (autotutela) ou pelo Judiciário.
  - e) REVOGAÇÃO: por conveniência ou oportunidade, praticada unicamente pela Administração. O Judiciário só pode revogar, obviamente, os seus próprios atos. Não revoga ato de outro Poder. Não se fala em revogação de ato vinculado.

Obs. 1. A anulação produz efeito *ex tunc*. A revogação produz efeito *ex nunc*. Celso Antônio diz que quando a anulação apresenta efeitos ampliativos, o efeito é *ex nunc*; se restringe direitos, os efeitos são *ex tunc*. É posição minoritária, mas é a de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Obs. 2. A Administração tem o prazo de 05 anos para anular os seus próprios atos (art. 54, da Lei 9784/99). Para a revogação, não há prazo.

Obs. 3. Licença para construir é ato vinculado, em regra, não podendo ser revogado. Contudo, o STF entende que não tendo sido iniciada a obra, excepcionalmente, pode ser revogada a licença, apesar de ser ato vinculado. Pode ser revogada, mas é preciso que haja indenização. Se não se aplicar a regra estabelecida pelo STF, para a doutrina majoritária o que caberia, no caso, seria a desapropriação, pois ela também é possível quando se tratar de direitos, com a devida indenização.

### **Convalidação do ato administrativo**

- Para Hely Lopes Meirelles não há possibilidade da convalidação do ato. Porém, os artigos 54 e segs., da Lei 9784/99, permitem expressamente a convalidação do ato. Mas, só se pode falar em convalidação quando o ato apresentar defeito sanável e o vício for de competência e de forma.
- Posição de Celso Antônio: o ato que preenche os requisitos é ato válido. Mas existem os que, embora não apresentem todos os requisitos, podem ser sanados – são anuláveis. Quando o defeito for insanável, o ato é nulo (no prazo de 05 anos) – é prescritível, mas não pode ser convalidado. *Existem*, também, os atos inexistentes, ou seja, os que têm conduta criminosa em seu conteúdo. Este é imprescritível e não pode ser convalidado. O ato também pode ser irregular, o que tem um defeito, uma falha, mas que não invalida o ato.

### **SERVIÇOS PÚBLICOS**

Utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelo administrado. Pode ser prestado diretamente pelo Estado, ou indiretamente. O regime jurídico é público, mas pode ser total ou parcialmente público.

- Elementos:
  - a) Substrato material: exigência de uma utilidade ou comodidade material. É fundamental que o Estado assuma como tarefa sua. É preciso ter relevância geral.

- b) Traço formal: regime jurídico público.
    - Princípios: art. 6º, da Lei 8987/95.
  - a) Continuidade: prestado de forma ininterrupta.
  - b) Generalidade: a coletividade em geral (*erga omnes*).
  - c) Atualidade (ou modernidade) de acordo com a técnica atual.
  - d) Segurança: de forma segura.
  - e) Transparência: prestado com clarividência.
  - f) Modicidade: o serviço deve ser o mais barato possível.
  - g) Cortesia: urbanidade.
- 
- Se a CF não enumera o serviço (arts. 21/24), ele será prestado de acordo com o interesse. Sendo o interesse nacional, a competência é da União; regional, do Estado; local, do município.
  - Modalidades de serviços enumerados na CF:
    - a) Serviços exclusivos: não admitem delegação (art. 21, X - serviço postal de correios – ECT) – ADPF n. 46/STF discute se deve ser mantida a exclusividade desse serviço. Por prestar serviço exclusivo, a ECT tem tratamento de fazenda pública. Por ser empresa pública com tal tratamento, goza de imunidade recíproca, não pagando impostos; seus bens são impenhoráveis; excepcionalmente, a ECT segue o regime de precatório. Maior polêmica: se sujeita à licitação, porém a ECT contratou serviços através de *franchising*, contrato de regime privado. O TCU deu prazo para a ECT escolher se vai se adequar às regras público-administrativas e continua prestando serviço exclusivo, ou passa a prestar serviço de caráter privado, através de concessão ou permissão; a dispensa de seus empregados deve ser motivada.
    - b) Serviços de rádio e TV (art. 223) – O Estado tem o dever de promover, mas não pode prestar diretamente. O Estado deve autorizar tal serviço a outrem.
    - c) Serviço que o Estado tem o dever de prestar, mas que o particular também presta: ensino, saúde.
    - d) Têm serviços que o Estado tem o dever de prestar de forma direta ou indireta, através de concessão ou permissão de serviço público. O que há faculdade do Estado em transferir o serviço.
  - Classificação dos serviços públicos:

- a) Próprios: Hely Lopes leva em consideração a essencialidade do serviço; essencial à sociedade, e que não admita delegação – serviço público propriamente dito (ex. segurança nacional).
  - b) Impróprios: Hely Lopes – serviço de utilidade pública que não é essencial e que pode ser delegado (ex. transporte coletivo, energia elétrica, telefonia) – hoje esses serviços são considerados essenciais (na época de Hely, não), mas continua sendo cobrado em provas de concurso. Acontece que não podem ser considerados próprios, pois podem ser delegados.
  - c) Gerais: prestados à coletividade como um todo, de forma indivisível. Mantido pelo Estado através de sua receita geral, basicamente pelo que se arrecada com impostos.
  - d) Individuais: (ou específicos) – destinatário determinado, podendo medir e calcular a sua utilização. Dois tipos:
    - d.1) Compulsórios: mais importantes à sociedade; essenciais, mas que exigem pagamento pelo simples fato de estarem à disposição. Mantidos através de cobrança de taxas, vinculadas a uma contraprestação estatal (taxa de iluminação pública é inconstitucional por ser geral, não podendo ser medida. Súmula 670/STF). Porém, o constituinte, através de EC, disse que não se trata mais de taxa, mas de contribuição como forma de permitir a cobrança pelos municípios – mas continua inconstitucional, embora sendo normalmente cobrada (falta de ADI).
    - d.2) Só paga se efetivamente utilizar, através de cobrança de tarifa (ex. concessionários e permissionários de serviços públicos).
- Delegação de serviço público: delega-se apenas a execução do serviço ao particular (vide art. 175, da CF).
  - Concessão de serviço público: comum (Lei 8987/95); especial (Lei 11.079/04). A concessão comum diz respeito à delegação de serviço público. Transferência do poder concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas (art. 1º, da Lei 8987/95). Não se admite concessão à pessoa física. Formalidades:
    - a) Contrato administrativo (art. 57, § 3º, da Lei 8666/93), com prazo determinado, disciplinado pela lei específica do serviço.
    - b) Prazo determinado.
    - c) Autorização legislativa expressa.
    - d) Licitação na modalidade concorrência da Lei 11.196, com procedimento invertido (como no pregão: primeiro apresenta-se a proposta, depois se analisa documentos; com lances verbais). A Lei 9074/95 prevê exceções aos serviços do Programa Nacional de Desestatização, que serão prestados através de leilão, e não concorrência. A tais empresas concessionárias aplica-se a responsabilidade objetiva do § 6º do art. 37 da CF. Contudo, em face do não usuário,

a responsabilidade é subjetiva (decisão do STF. Ex. ônibus que se acidenta e bate num carro de particular: em relação ao passageiro, aplica-se o art. 37, § 6º, da CF; em relação ao motorista do carro particular, aplica-se o Código Civil, mas esta posição não é pacífica). O Estado é chamado a responder, nos casos de concessão, de forma subsidiária: primeiro, cobra-se da empresa concessionária. Se esta não pagar, cobra-se do Estado.

Obs. É possível a sub-concessão? Depois da Lei 11.196, é possível sob as seguintes condições: previsão no edital e no contrato; anuência da Administração; a sub-concessionária tem de preencher todos os requisitos exigidos na licitação; desde que assuma o compromisso de cumprir todas as obrigações contratuais. As duas empresas responderão subsidiariamente. Segundo o art. 26, da Lei 8987/95, para se fazer sub-concessão há exigência de licitação na modalidade concorrência. Embora seja uma impropriedade da lei, é aplicável.

- Extinção da concessão – art. 35, da Lei 8987/95:
  - a) Com o advento do termo contratual (prazo final).
  - b) Por ato unilateral da Administração Pública, através de *encampação*, que é a rescisão do contrato por falta de interesse público, com lei autorizando a extinção e com indenização pela Administração; e pela *caducidade*, por descumprimento da cláusula contratual, por parte do contratado, com ampla defesa, contraditório e devido processo legal, sem indenização.
  - c) Pela via judicial, quando o contratado não tem mais interesse no contrato.
  - d) Amigável ou consensual, por acordo entre as partes.
  - e) Por anulação, quando existente alguma ilegalidade.
  - f) De pleno direito, por circunstâncias estranhas à vontade das partes (ex. falência, extinção da pessoa jurídica, etc.).

### **Concessão especial – Lei 11.079/04 – PPP – Parceria Público-Privada**

- Na verdade, nas PPP's as partes são contratantes e não parceiras, como sugere a nomenclatura. Trata-se de um contrato administrativo.
- Tem por objetivo o financiamento privado e a eficiência da iniciativa privada.
- PPP é um contrato administrativo entre o Estado e o particular, para a busca de um objetivo comum, que pode ser a prestação de um serviço público ou construção de obra pública. Existem duas modalidades:

- a) Parceria ou concessão patrocinada: nada mais é do que uma concessão comum, acrescida de tarifa de usuário e, obrigatoriamente, a presença de recurso público.
- b) Concessão administrativa: contrato de concessão em que a Administração aparece como usuária do serviço, direta ou indiretamente (ex. construção de presídios) – idealizada para a infra-estrutura da Administração, com financiamentos feitos pelo particular, tendo como características o financiamento privado; o compartilhamento dos riscos (responsabilidade solidária); escolha do objeto; prestação do serviço; pluralidade remuneratória (compensatória) – a Administração recebe o financiamento do particular e paga através de ordem bancária; concede uso de bens; transferência de créditos, desde que não tributários; concessão de direitos (outorga onerosa – Lei 10.257, Estatuto da Cidade). A pluralidade compensatória é, portanto, a possibilidade da Administração pagar o financiamento de formas diversas.
- Vedações:
    - a) Valor inferior a 20 milhões de reais.
    - b) Prazo inferior a 05 anos e superior a 35 anos.
    - c) Objeto com único elemento (deve reunir obra, serviço e fornecimento).
  - Formalidades:
    - a) Contrato administrativo, com prazo determinado (de 05 a 35 anos).
    - b) Previsão no PPA – Plano Plurianual (este tem duração de 04 anos, com início no ano seguinte ao início da legislatura).
    - c) Autorização legislativa expressa.
    - d) Consulta pública.
    - e) Licença ambiental.
    - f) Licitação na modalidade concorrência, com procedimento invertido e lances verbais, caso queira o administrador.
    - g) Sociedade de propósitos específicos, constituída após o contrato de concessão (PPP), tendo por objeto a execução do contrato, cuidando da gestão da parceria.
    - h) Para solucionar conflitos, é possível a utilização da arbitragem, desde que previsto no contrato.

- Permissão é delegação de serviço público.
- Poder concedente à pessoa física ou jurídica.
- Permissão se formaliza através de contrato administrativo de adesão (na verdade, todo contrato administrativo é de adesão).
- *Era* ato unilateral, discricionário e precário, sem o dever de indenização. Sendo, agora, contrato, é solene e pode ser extinto por razões de interesse público, mas com indenização. Mas a lei diz que é contrato, embora precário (incoerência, já que, por ser contrato, deveria ter prazo determinado). Para compatibilizar esse problema, é possível retomar a permissão a qualquer tempo, mas com indenização.
- A Lei 8987 diz que para a permissão de serviço necessita-se de contrato. Já a permissão de *uso de bens* é ato unilateral, discricionário e precário.
- Para o contrato, se faz necessária licitação, em qualquer modalidade, dependendo do valor.
- Não necessita de autorização legislativa específica.
- Concessão e permissão de serviço público, segundo o STF, têm natureza jurídica idêntica (contratual).

### **Autorização de serviço público**

- Ato unilateral discricionário e precário (precário quer dizer que pode ser interrompida a qualquer tempo).
- Possível em caráter excepcional, nos pequenos serviços ou em caso de urgência (ex. táxi e despachantes).

### **AGENTES PÚBLICOS**

Todo aquele que exerce função pública, de forma temporária ou permanente, com ou sem remuneração.

- Classificação:
  - a) AGENTES POLÍTICOS: compõe a vontade do Estado, ocupando posição de comando. São os chefes do Poder Executivo, seus auxiliares imediatos (mi-

nistros e secretários); membros do Poder Legislativo; membros da magistratura e do MP; ministros e conselheiros dos tribunais de contas e agentes diplomáticos (há divergência). Seguem o regime estatutário (vide Reclamação 2138/STF, que trata da exclusão dos agentes políticos da Lei de Improbidade Administrativa).

- b) **SERVIDORES ESTATAIS:** todo aquele que atua no Estado, na Administração direta ou indireta. Atua-se nas pessoas jurídicas de direito público (Administração direta), são chamados “servidores públicos”, com regime estatutário, também possível o celetista, com preferência do primeiro, estabelecido pela lei. Regime celetista de emprego é obrigatório para serviços subalternos, agentes de saúde (Lei 11.350/06) e combate a endemias, remanescentes do regime anterior (1983 a 1988). Os titulares de cargo (estatutário), previsto numa lei, é a regra (Lei 8112/90, alterada pela Lei 11.355/06). O servidor que atua nas pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações de direito privado), seguem o regime celetista (emprego), chamados “servidores de entes governamentais”. Equiparam-se aos servidores públicos em concurso, acumulação, teto remuneratório (se houver dinheiro para custeio fornecido pelo Poder Público), remédios constitucionais, lei de improbidade, etc. Os celetistas são julgados pela Justiça do Trabalho; os estatutários, pelas Justiças Comum Estadual ou Federal. A dispensa do celetista é imotivada; a do estatutário, só através de processo administrativo.
- c) **PARTICULARES EM COLABORAÇÃO:** dividem-se em “requisitados” (jurados, mesários, serviço militar obrigatório, etc.); “voluntários” (*sponte propria*, por livre e espontânea vontade), no caso dos dirigentes de conselhos de classe, chamados por Hely Lopes de *agentes honoríficos*; os que atuam nas concessionárias e permissionárias; as funções delegadas (oficial de cartório – art. 236, da CF); os que exercem atos oficiais (ensino em universidade privada, saúde privada, etc.); locação civil de serviço (contratação de advogado pela Administração).
- **Acessibilidade do servidor público:**
    - a) Através de concurso, por brasileiro ou estrangeiro, na forma da lei (art. 37, I, da CF). Exceção ao concurso: cargo em comissão; contratados temporariamente; hipótese expressas na CF (ministros do STF, dos tribunais de contas, magistratura via quinto constitucional, agentes de saúde e de combate às endemias – art. 198); excepcionalmente, as empresas públicas (posição de Celso Antônio, não majoritária); ADI 3026/STF, sobre a OAB, diz que os que aí atuam não é mais um ente da administração indireta, não sendo considerada autarquia. O prazo do concurso é de até dois anos (art. 37, II, da CF), prorrogável por igual período, por uma única vez. É ato discricionário, podendo ser revogado, desde que não iniciado o prazo de prorrogação. O candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito, não havendo direito subjetivo à nomeação (ADI 2931, Informativo377/STF). Haverá direito subjetivo em duas situações: sendo o candidato preterido na ordem de classificação e quando a Administração realizar contratos precários com terceiros –

nesses casos, o candidato terá direito à nomeação (se a Administração contrata alguém é porque necessita de servidor e tem dinheiro para tal).

- b) Magistratura e Ministério Público: para o candidato ingressar em tais carreiras através de concurso público terá de completar 03 anos de atividade jurídica (EC 45/04). Conta-se a partir da colação de grau. Pós-graduação conta-se como atividade jurídica. Esses 03 anos devem ser demonstrados no momento da inscrição definitiva do concurso.
  - c) Candidato não aprovado e nomeado, gera ato ilegal, devendo ser anulado com efeitos *ex tunc*. Surgiu na jurisprudência a “teoria do funcionário de fato”, ou seja, os atos praticados pelo servidor não aprovado serão considerados válidos, em nome da segurança jurídica; o salário não precisa ser por ele devolvido, pois já que trabalhou, é justo que receba.
  - d) Limite de idade em concurso: vide Súmula 683/STF.
  - e) Exame psicotécnico: vide Súmula 686/STF.
  - f) Veto no concurso público: vide Súmula 684/STF.
  - g) Diploma/habilitação legal: vide Súmula 266/STJ.
  - h) O acesso ou ascensão é proibido em nosso ordenamento (elevação de cargo sem concurso).
- Cargo: conjunto de atribuição e responsabilidade que segue o regime estatutário. Há os seguintes tipos:
    - a) Cargo em comissão: de livre nomeação e exoneração (*ad nutum*).
    - b) Cargo efetivo: nomeado em caráter definitivo, que dependa previamente de concurso público e adquire estabilidade.
    - c) Cargo vitalício: ingresso por concurso público, demissão por sentença judicial com trânsito em julgado.
  - O cargo deve ser criado e extinto por lei (paralelismo das formas). O cargo vago pode ser extinto sem lei, por decreto do presidente da República (art. 84, da CF).
  - Assessores administrativos parlamentar têm seus cargos aprovados por resolução da Casa específica.
  - Função: é a atribuição + a responsabilidade. O constituinte admitiu a função de confiança para atribuição de chefia, assessoramento e direção. O cargo é a atribuição + a responsabilidade + o posto. Função de confiança só pode ser exercida por quem tenha cargo efetivo, recebendo uma “gratificação por função de confiança”.

- Cargos em comissão devem ser preenchidos, reservando-se o mínimo previsto em lei para os ocupantes de cargo efetivo.
- Todo cargo tem uma função, mas nem toda função tem cargo. Cargo, emprego e função devem ser criados por lei.
- Sistema remuneratório:
  - a) Remuneração (= vencimentos): parcela fixa (salário-base) + parcela variável (vantagens pessoais).
  - b) Subsídios: parcela única (fixa) – do latim, significa “ajuda de sobrevivência”. recebem os chefes do Executivo e auxiliares imediatos, membros do Poder Legislativo, magistrados, membros do MP, membros da AGU, procuradorias e defensoria pública. Excluídos os municipais, membros de tribunais de contas, policiais e todos os cargos de carreira também podem ser pagos através de subsídio. Acima da parcela única (subsídio) somente pode-se pagar as verbas indenizatórias e as garantias constitucionais (art. 39, § 3º, da CF).
  - c) A remuneração do servidor é fixada por lei específica, de iniciativa do Poder respectivo. Mas há exceção: será fixada pelo Congresso Nacional, por *decreto legislativo*, a remuneração do presidente da República (+ o vice), dos ministros de Estado, senadores e deputados federais; também é através de decreto legislativo da câmara municipal a fixação da remuneração do vereador. Contudo, a do governador e dos deputados estaduais é fixada por lei.
  - d) Teto remuneratório: a do ministro do STF (teto geral), fixado por lei (11.143/05). Na União, o teto é o do que se paga ao ministro do STF. No Estado, dentro do Executivo, sub-teto é o do governador; no Legislativo, o sub-teto é o do deputado estadual; no Judiciário, o sub-teto é o do desembargador (90,25% do ministro do STF). Os membros do MP (procuradores e promotores) seguem o sub-teto do desembargador; já os cargos auxiliares do MP seguem o sub-teto do governador, assim como os procuradores de Estado e os defensores públicos.
  - e) Direito de greve do servidor público: art. 37, VII, da CF. Depende de lei ordinária (norma de eficácia limitada, para o STF, seguido pela maioria). Há mandado de injunção no STF discutindo a questão (MI 670 e 712) – pretende-se aplicar aos servidores públicos a lei de greve dos trabalhadores comuns (7783/85).
  - f) Regime da não acumulação: excepcionalmente, a CF diz que pode haver acumulação de dois cargos, seguindo-se as seguintes regras:
    - f.1) ATIVIDADE + ATIVIDADE: compatibilidade de horário; a soma da remuneração não pode ultrapassar o teto remuneratório; tem que trazer uma das hipóteses constitucionais (2 cargos de professor; 2 cargos na área de saú-

de, com profissão regulamentada por lei; 1 cargo de professor + 1 técnico-científico – art. 37, XVI e XVII, da CF.

f.2) APOSENTADORIA + APOSENTADORIA: (proventos) – só é possível acumular nos casos permitidos na atividade (art. 37, XVI e XVII, da CF).

f.3) APOSENTADORIA + ATIVIDADE: é possível nas hipóteses permitidas na atividade. Pode acumular com outro, se o segundo cargo for em comissão ou mandato eletivo, a partir da EC 20/98. Contudo, os que acumulavam antes da EC 20/98, podem continuar acumulando, mesmo fora das hipóteses de cargo em comissão e mandato eletivo (art. 11, da EC 20/98).

f.4) ATIVIDADE + ATIVIDADE EM MANDATO ELETIVO: art. 38, da CF. Se a atividade se der nos cargos eletivos federal, estadual e distrital, afasta-se do primeiro e assume o mandato, com seu subsídio. No caso de prefeito, afasta-se do primeiro cargo e exerce o mandato, podendo escolher a remuneração. No caso de vereador, pode acumular os dois cargos, havendo compatibilidade de horários, recebendo pelos dois. Não havendo compatibilidade de horários, aplica-se a regra do prefeito.

- Estabilidade: art. 41, da CF. Requisitos:
  - a) Nomeação para cargo efetivo, através de concurso público.
  - b) Três anos de exercício.
  - c) Aprovação na avaliação periódica de desempenho.

Obs. Vide MS 9373/STJ: o estágio probatório continua sendo de 24 meses, conforme o art. 20, da Lei 8112/90. A resolução 1.145/2006, do TST, confirma tal entendimento (no âmbito federal). A estabilidade se consegue com três anos, mas o estágio continua sendo de 24 meses (e não dois anos).

Comentários sobre estabilidade:

- A EC 19/98 diz que a “estabilidade” passa a ser conseguida após 03 anos. Acontece que a Lei 8112 ainda fala em “estágio probatório” de 24 meses. Não se confunde aquisição de estabilidade com estágio probatório. O STJ entende que o estágio probatório continua sendo de 24 meses, e não de dois anos.
- A aquisição da vitaliciedade na magistratura e no MP continua sendo após dois anos.
- Em relação aos empregados (celetistas), o TST, na Súmula 390, diz que os empregados das autarquias, fundações públicas e na Administração direta, gozam de estabilidade. Já os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado) não gozam de estabilidade.

- O servidor pode perder a estabilidade através de processo administrativo, com contraditório e ampla defesa, através de processo judicial com trânsito em julgado, reprovação na avaliação periódica de desempenho e excesso de despesa com pessoal (corte de, no mínimo, 20% dos ocupantes de cargo comissionado, servidores não estáveis (todos); somente aí poderão ser exonerados os estáveis, seguindo esta ordem.

#### APOSENTADORIA:

- Possui dois regimes:
  - a) Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – mantido e organizado pelo INSS, estudado pelo Direito Previdenciário. Alguns servidores públicos seguem esse regime: ocupantes de cargo comissionado; atuantes na Administração direta, autarquias e fundações (empregados públicos); empregados das empresas públicas e sociedade de economia mista (servidores de entes governamentais de direito privado) e contratados temporariamente (arts. 201 e segs. da CF).
  - b) Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) – ocupante de cargo efetivo e de cargo vitalício (art. 40, da CF). Inativos recebem “proventos”; prevalece no Brasil o regime contributivo; aplica-se o princípio da reciprocidade (o tempo da iniciativa privada aproveita-se no serviço público e vice-versa – art. 40, § 9º e 201, § 9º). A única hipótese de regime especial contemplada na CF (art. 142, VIII) é a do militar.

#### Evolução constitucional sobre aposentadoria:

- Texto original (1988) – o servidor só precisava preencher o tempo de serviço, não se preocupando com idade ou contribuição.
- EC 20/98 – acabou com o único requisito de tempo de serviço, exigindo limite de idade + tempo de contribuição. Quem tinha só tempo de serviço, converteu-se em tempo de contribuição. Surgiram, com essa EC, quatro modalidades de aposentadoria:
  - a) Compulsória: (popularmente conhecida como “expulsória”) - aos 70 anos de idade para homem e mulher, com proventos proporcionais, em regra, ao tempo de contribuição.
  - b) Por invalidez: moléstia profissional, doença grave, etc. Aposenta-se com proventos integrais. Caso contrário, aposentar-se-á com proventos proporcionais.
  - c) Voluntária: exige 10 anos de serviço público e 05 anos no cargo em que o servidor pretende se aposentar. Com proventos integrais: se homem, 60 anos de idade + 35 anos de contribuição; se mulher, 55 anos de idade + 30 anos de contribuição. Com proventos proporcionais: se homem, 65 anos de idade; se mulher, 60 anos de idade.

- d) Especial: atividade de risco, que comprometa a saúde e a integridade e o deficiente físico (prevista pela EC 47). Professor: exclusividade de magistério; ensino infantil, fundamental e médio. Com proventos integrais para homens. 55 anos de idade, com 30 anos de contribuição. Se mulheres, 50 anos de idade, com 25 anos de contribuição; abono de permanência (se quiser continuar, receberá um abono).
- Quem, em 1998, na data da EC, já preenchia os requisitos para se aposentar, aplicava-se a regra velha, pelo direito adquirido.
  - Quem entrou no serviço público após a EC 20/98, estará sujeito à nova regra.
  - Os que entraram antes da EC 20/98, mas que na data não preenchia os requisitos, aplica-se a “regra de transição”, que significa o meio-termo entre as duas regras anteriores, e é facultativa para o servidor entre a transição e a nova. Não pode optar pela velha regra. Está previsto no corpo da EC 20/98, art. 8º.
  - EC 41/2003: revogou o “princípio da integralidade” (o direito de receber a remuneração integral), substituído pelo “princípio da média de vida laboral”, a média do que o servidor contribuiu durante a vida na atividade.
  - A EC 41 também revogou o “princípio da paridade” (o que era concedido ao servidor da atividade era estendido ao inativo), substituído pelo “princípio da preservação do valor real” (preserva-se tão-somente o valor real da moeda, em relação ao inativo, preservando-se o seu poder aquisitivo).
  - A EC 41 criou o teto de proventos (igual ao RGPS), após a criação de um regime complementar (quem paga mais ganha mais). Esse regime ainda não foi criado.
  - A EC 41 criou a contribuição dos inativos – alíquota de 11%. Todos os inativos pagam, sejam antes ou depois da Emenda. Para os inativos anteriores, contribuem com o que ultrapassar o teto do RGPS. Criou-se o abono de permanência, sem título de isenção.
  - O regime de transição é aplicado para os que se aposentaram antes da EC 41/2003 (art. 6º, da EC 41) – revogou a transição da EC 20/98.
  - A EC 47/2005 criou a aposentadoria especial do deficiente físico; criou outra regra de transição, no seu art. 3º, aplicável a quem entrou antes da EC 20/98; quem mudou de cargo a partir de 2003 não tem direito à transição.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- Fundamentos:
  - a) Estado como sujeito responsável.
  - b) Ordem jurídica una.
  - c) Princípio da legalidade.
  - d) Princípio da isonomia (o Estado indeniza um particular para restabelecer a igualdade entre os administrados, mesmo quando a atividade é lícita).
  
- Existem três tipos de responsabilidade: civil, penal e administrativo. Muitas vezes uma única conduta gera as três responsabilidades, sofrendo sanções diferentes nas três esferas que, em regra, são independentes. Mas se o sujeito é absolvido na esfera penal, vincula as outras instâncias quando tratar-se de inexistência do fato e negativa de autoria (arts. 66, do CPP; 935, do CC; 126, da Lei 811/90). Se absolvido por uma excludente de antijuridicidade, pode ser responsabilizado no civil, mas essa matéria não será mais discutida, fazendo coisa julgada.
  
- Evolução da responsabilidade civil:
  - a) Primeiro momento: teoria da irresponsabilidade do Estado. As regras eram ditadas pelo monarca. O Estado era sujeito irresponsável.
  - b) Segundo momento: o Estado como sujeito responsável – somente nas hipóteses previstas em lei; passa a ser responsabilizado independentemente de previsão legal (a partir do CC de 1916).
  - c) Teoria da responsabilidade subjetiva: introduzida pelo CC de 1916 Acontece quando tratar-se de conduta ilícita. Elementos: conduta do Estado; dano (prejuízo); nexos causal; culpa ou dolo (do agente); culpa ou dolo (do serviço), significando que a vítima tinha a liberdade de não precisar provar a culpa de qual agente, mas apenas que o serviço não foi prestado ou prestado de forma ineficiente, atrasada. A partir daí não foi preciso provar o culpado agente, passando a ser adotado a culpa do serviço ou “culpa anônima”, não interessando quem foi o culpado, mas que houve ineficiência, atraso ou não prestação do serviço. Afastado qualquer um dos elementos, afasta-se automaticamente a responsabilidade subjetiva do Estado.
  - d) Na CF/46, o Estado passa a ser responsabilizado objetivamente, prevalecendo até hoje. Pode acontecer tanto em uma conduta lícita quanto numa ilícita. Elementos: conduta; dano (prejuízo); nexos causal. Aqui, a vítima está liberada de provar a culpa ou dolo. Quando se fala em exclusão, fala-se em “teoria do risco integral”, quando o Estado responde em qualquer caso. Outra teoria é a do “risco administrativo”, quando é possível afastar a responsabilidade do Estado quando presente uma excludente, quando faltar conduta, dano ou nexos, existindo culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Havendo culpa concorrente (do Estado e da vítima) nossa jurisprudência diz que o Estado será responsabilizado proporcionalmente à sua participação.

Quando não for possível calcular o quantum da participação de cada um a responsabilidade é dividida meio a meio. Apesar de adotar a teoria do risco administrativo, no Brasil ainda se admite a teoria do risco integral, nas seguintes circunstâncias, de forma excepcional: substância nuclear, material bélico e questões ambientais (nestes casos não cabe qualquer excludente, respondendo o Estado em qualquer caso).

- Diferenças entre responsabilidade subjetiva e objetiva:

<b>Responsabilidade subjetiva</b>	<b>Responsabilidade objetiva</b>
Conduta ilícita	Conduta lícita ou ilícita
Conduta, dano, nexo, culpa ou dolo	Conduta, dano, nexo
Afasta a responsabilidade quando ausente algum elemento	Afasta a responsabilidade, ausente algum elemento + culpa exclusiva, caso fortuito ou força maior (teoria do risco administrativo)

- Responsabilidade civil do Estado hoje, no Brasil: hoje, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88. Diz respeito à responsabilidade extracontratual (aquiliana). Se há contrato, não se aplica o art. 37, § 6º, da CF. No caso de desapropriação, a responsabilidade é a do art. 5º, XXIV, da CF, e não a do art. 37, § 6º. Desta responsabilidade são sujeitos as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviço de público (empresas públicas, sociedade de economia mista, concessionários, permissionários, etc.). Em face do usuário (passageiro de ônibus – concessionário), a responsabilidade é objetiva. Mas, em face do particular (ônibus de concessionária bate em carro de particular), é responsabilidade do CC/2002, ou seja, subjetiva.
- Responsabilidade primária: caso o agente seja lotado numa autarquia, por exemplo, a vítima ingressa com ação em face da autarquia, a chamada responsabilidade primária. Nesta, a pessoa jurídica responde pelos atos de seus próprios agentes.
- Responsabilidade subsidiária: caso a autarquia não tenha bens ou recursos próprios ou suficientes, a vítima ingressa com a ação em face do Estado, a chamada responsabilidade subsidiária. Nesta, a pessoa jurídica responde por ato de agente de outra pessoa jurídica. Na responsabilidade subsidiária existe uma ordem de preferência: primeiro a autarquia (no exemplo), depois o Estado.
- Responsabilidade solidária: não há ordem de preferência, podendo ser cobrado dos dois ao mesmo tempo, sendo esta a exceção. No Brasil prevalece a regra da responsabilidade subsidiária.
- Em relação às responsabilidades objetiva e subjetiva, a regra, no Brasil, é a objetiva. Porém, excepcionalmente, a jurisprudência admite a teoria da responsabilidade subjetiva, quando tratar-se de omissão do Estado. Quando tratar-se de ação, a teoria é a da responsabilidade objetiva.

- A conduta da Administração, que gera responsabilidade, pode ser jurídica, mas pode ser simplesmente material (demolição, por exemplo), pode ser lícita ou ilícita. A conduta pode se dar por:
  - 1) Ato comissivo (ação) – responsabilidade objetiva. Quando se trata de uma conduta lícita (exemplo: construção de cemitério, viaduto, etc.). O fundamento é o princípio da isonomia; tratando-se de conduta ilícita (ex. tortura), o fundamento é o princípio da legalidade.
  - 2) Ato omissivo (omissão) – responsabilidade subjetiva. Só existe na conduta ilícita, havendo um dever legal do agente. Contudo, é necessário que o dano seja evitável, dentro de um padrão normal, razoável. O Estado não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, não pode ser salvador universal, anjo da guarda. Havendo evitabilidade do dano (ex. arma que entra em presídio), a responsabilidade é do Estado. É o que o STF chama de “reserva do possível”, ou seja, o Estado responde por tudo aquilo que poderia ter evitado e se omitiu, dentro de uma razoabilidade (vide ADPF n. 45).
  - 3) Condutas de risco do Estado – aqui se fala em ação, sendo a responsabilidade objetiva, assumindo o Estado o resultado. Ex. criação de armazém de substância bélica; defeito semafórico que cause acidente; armazenamento de substância nuclear que venha a causar danos ambientais; preso que foge do presídio e comete crime, etc. Embora possa parecer ser a atitude do Estado omissiva, o risco gera uma responsabilidade objetiva, ou seja, por ação. Resumindo: só haverá responsabilidade objetiva do Estado se houver ligação direta com o risco. Por exemplo: se um preso foge do presídio e comete um crime a 100 km dali, ou depois de trinta dias, o risco não está diretamente ligado ao crime, respondendo o Estado por omissão, ou seja, a responsabilidade é subjetiva. Contudo, se um preso mata outro dentro do presídio, a responsabilidade é objetiva, pois o risco é criado pelo Estado ao não oferecer segurança.
  - 4) Dano – precisa ser jurídico, certo, especial e anormal para haver responsabilidade civil do Estado. É aquele que decorre de lesão a um direito – dano jurídico. Se o dano for econômico, não há responsabilidade do Estado. Certo é o dano determinado ou determinável durante o processo. Especial é o dano particularizado que tenha vítima ou vítimas certas. Anormal é o dano que foge daqueles que acontecem no cotidiano.
- Interposição da ação e ação regressiva: quando a vítima ajuíza ação em face do Estado, este, condenado, propõe a ação regressiva contra o agente, mesmo que ainda não tenha havido o trânsito em julgado da primeira ação. Mas o agente só responde por culpa ou dolo, sendo, portanto, responsabilidade subjetiva. É preciso que se prove a culpa ou dolo do agente, para que o Estado seja ressarcido. A vítima pode ingressar diretamente contra o agente, mas deve provar sua culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva), mas pode escolher ingressar diretamente contra o Estado (responsabilidade objetiva), ou pode ingressar contra os dois ao mesmo tempo. Sem dúvida, é mais vantajoso para a vítima ingressar contra o Estado diretamente, pois não precisa pro-

var culpa ou dolo. Para os administrativistas, a denúncia da lide é impossível nesses casos. O Estado pode querer denunciar o agente ao processo e dizer que a culpa foi dele e, ao mesmo tempo, dizer que a culpa é da vítima. Há, aí, uma contradição e incoerência. Para o STJ, porém, a denúncia é aconselhável, pois representa economia e celeridade, mas esta é uma decisão da Administração. Ora, quando a Administração denuncia o agente, ela está admitindo sua culpa. Neste caso, a denúncia é facultativa para a Administração.

- Prescrição: o prazo para ingressar com a ação de reparação de danos é, para a maioria, de 05 anos, aplicando o Decreto 20.910/32. Outros entendem que o prazo é o do CC, ou seja, de 03 anos. O prazo para a ação de regresso do Estado em face do agente é imprescritível, segundo o artigo 37, § 5º, da CF.

## BENS PÚBLICOS

- Domínio público: domínio que o Estado exerce sobre os seus bens, os do particular e os insuscetíveis de apropriação.
- Domínio público em sentido estrito: o bem que está sob o domínio da coletividade, à disposição do povo (bem de uso comum do povo – praças, ruas, praias, etc.).
- Conceito de bem público: aquele pertencente à pessoa jurídica de direito público e os da pessoa jurídica de direito privado, que estejam ligados à prestação do serviço público.

Obs. A ECT, embora seja empresa pública, é tratada como fazenda pública, no regime de autarquia. Seus bens são impenhoráveis e não precisam estar ligados ao serviço público. Os bens da empresa pública e sociedade de economia mista são considerados públicos quando ligados ao serviço público, em nome do princípio da continuidade.

- Classificação dos bens públicos:
  - a) Quanto à titularidade: federais (art. 20, da CF), estaduais, distritais e municipais.
  - b) Quanto à destinação:
    - b.1) Bens de uso comum do povo: os que estão à disposição da coletividade e que para seu uso normal não precisa de autorização – bens de domínio público. O art. 5º XVI, da CF, deve ser interpretado com ressalvas, no caso de a reunião causar tumultos ou inconveniências. Neste caso, o Poder Público deve viabilizar outro local para a reunião, contanto que tenha a mesma visibilidade do local anterior.

b.2) Bens de uso especial: o que o Poder Público conserva para a prestação de serviços públicos, denominado “bem do patrimônio administrativo”. A Administração pode impor condições ao seu uso.

b.3) Bens dominicais: são os que não têm finalidade pública. Também chamados bens dominiais – só Cretella Jr. diz que dominical é diferente de dominial. Este é gênero, sob o domínio do Estado. Aquele é o que não tem destinação pública.

- Regime jurídico dos bens públicos:

1) Inalienabilidade – é a regra (os bens de uso comum do povo e os de uso especial). Os dominicais são, em regra, alienáveis. Há condições para a alienação do bem público:

a) Afetação: dar destinação ao bem público (inalienável).

b) Desafetação: sem destinação pública (dominical), alienável.

c) O bem, para ser afetado, pode ser através de lei, de ato administrativo ou do simples uso com finalidade pública. Contudo, para que o bem seja desafetado, de bem de uso comum para dominical, só através de lei ou ato administrativo expressamente autorizado por lei. De uso especial para dominical pode ser feito através de simples ato administrativo ou, até, por fenômeno da natureza. O não uso, por si só, não desafeta o bem.

d) Passando o bem de uso comum para uso especial ou vice-versa, para Celso Antônio, embora continuem afetados, há uma mudança de finalidade, havendo, a rigor, uma afetação e uma desafetação, também neste caso (não é o posicionamento da maioria).

e) Consagração e desconsagração é o mesmo que afetação e desafetação, para Diógenes Gasparinni.

f) Alienação de bem público – arts. 17/19, da Lei 8666/93. Se imóvel, dependerá de: autorização legislativa, se pertencente à pessoa jurídica de direito público; declaração de interesse público; avaliação prévia; licitação, na modalidade concorrência. Sendo imóvel cedido à Administração, através de decisão judicial ou dação em pagamento, poderá ser alienado através de leilão. Se móvel, dependerá de: declaração de interesse público; avaliação prévia; licitação, na modalidade leilão (art. 17, § 6º, da Lei 8666), até o limite de 650 mil reais. Acima disso, a modalidade é a concorrência.

2) Impenhorabilidade: não pode ser objeto de penhora. Os bens públicos não podem ser objeto, também, de arresto ou seqüestro, pois estes levam a uma futura penhora. A garantia do pagamento pelo Poder Público é o precatório. Os bens da empresa pública ou da sociedade de economia mista são penho-

ráveis, se não estiverem ligados ao serviço público. Os bens da ECT são impenhoráveis, pois tem tratamento de fazenda pública, embora sendo empresa pública, e segue o regime de precatório.

- 3) Impossibilidade de oneração: direito real de garantia – penhor e hipoteca. Os bens públicos não podem ser dados em garantia.
  - 4) Imprescritíveis: prescrição aquisitiva – usucapião. Os bens públicos não podem ser usucapidos. Mas o Poder Público pode usucapir (arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único, da CF e Súmula 340/STF).
- Formas de aquisição de bens pelo Poder Público:
    - a) Contrato de compra e venda.
    - b) Contrato de doação.
    - c) Através de permuta.
    - d) Dação em pagamento.
    - e) Direito hereditário (testamento, herança jacente).
    - f) Usucapião.
    - g) Desapropriação.
    - h) Arrematação/adjudicação.
    - i) Acessão natural (aluvião e avulsão).
    - j) Confisco (objeto do crime – art. 91, I, do CP e Lei 8.429/92).
    - k) Parcelamento do solo urbano (Lei 6766/79).
    - l) Abandono de bens (art. 1.275, do CC).
  - Utilização especial de bem público
    - a) Finalidade: o uso pode ser normal (sem autorização) ou anormal (com autorização).
    - b) Utilização: comum (uso geral e indiscriminado) ou especial, de três maneiras: remunerada, compartilhada (dois entes públicos utilizando o bem ao mesmo tempo) e privativa (usado pelo particular, com privacidade, através de locação, arrendamento, concessão, permissão ou autorização de uso).

- c) Concessão de uso: através de contrato administrativo com prévio procedimento licitatório, em situações permanentes e no interesse público (ex. restaurante em repartições públicas).
- d) Permissão de uso: (ex. mesa na calçada na frente de um bar). Concedida no interesse público e privado, em situações temporárias (precárias), por ato unilateral, discricionário e precário – são as permissões simples. Hoje, admite-se a permissão com prazo, chamada “permissão com prazo”, indenizável se retomada antes do prazo.
- e) Autorização de uso: em situação ocasional e temporária, através de ato unilateral, discricionário e precário, no interesse do particular (ex. espaço na praia para uma festa).

## INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

A regra é o Estado não intervir na propriedade privada. Só acontece quando previsto em lei. O direito de propriedade é o de usar, gozar, usufruir, dispor e reaver o bem. Tem caráter absoluto, perpétuo e exclusivo. Absoluto, por poder usar de forma que melhor aprover (mas pode ser restringível pela Administração); exclusivo, por poder usar sozinho (excepcionalmente pode haver servidão ou requisição). Intervenção na propriedade, em regra, restringe o direito de propriedade. A desapropriação é a única hipótese que não só restringe, mas há uma transferência efetiva da propriedade para o Poder Público. O poder de polícia é fundamento para a intervenção na propriedade, se interpretado em seu sentido amplo, salvo na desapropriação. Para Hely Lopes, poder de polícia, só é fundamento para a limitação da propriedade.

- Limitação administrativa: é o exercício do poder de polícia. Trata-se de uma atuação geral e abstrata do Poder Público, a proprietários indeterminados, sem indenização (ex. limitação para construir prédios de determinados andares). Se ilegal ou inconstitucional, cabe o controle pelo Poder Judiciário. A limitação civil protege o direito privado (ex. não construir janela direcionada ao vizinho); a limitação administrativa protege o direito público. A limitação administrativa restringe o caráter absoluto da propriedade, em nome do poder de polícia da Administração. Quando o Poder Público impede a propriedade, na verdade, está a praticar uma desapropriação indireta, não limitação administrativa (leitura das Resoluções do CNMP n. 14 e 15; vide ADI 3831/STF).
- Servidão administrativa: direito real sobre coisa alheia, com o objetivo de se prestar um serviço público. É perpétua enquanto existir interesse público. Quando pode ser desconstituída, a servidão não tem caráter perpétuo absoluto. Tratando-se de direito real, necessário se torna o devido registro. Se o Poder Público comprar propriedade, a servidão será desconstituída, pois só cabe em coisa alheia; o proprietário é sempre individualizado e tem a servi-

dão um caráter exclusivo. Dominante é quem usa a propriedade; serviente é quem é usado. A servidão administrativa tem uma relação de dominação, sendo dominante o serviço público e o serviente é o bem. Exigências:

- a) Autorização legislativa, podendo ser constituída por lei.
  - b) Administrativamente, por acordo entre as partes.
  - c) Por decisão judicial, quando não houver acordo.
  - d) Se constituída por lei, não é necessário o registro.
  - e) Somente se houver dano haverá indenização.
- Distinção entre servidão civil e administrativa:
    - a) Interesse privado (civil); interesse público (administrativo).
    - b) Relação de dominação na servidão civil: bem sobre bem.
    - c) Relação de dominação na servidão administrativa: serviço sobre bem.
    - d) Civil: fundamento no CC; administrativo: fundamento da legislação administrativa.
  - Requisição: art. 5º, XXV, da CF.
    - a) Se houver perigo iminente – condição indispensável.
    - b) Restrição ao caráter exclusivo da propriedade.
    - c) Temporária, enquanto durar o iminente perigo.
    - d) Existindo dano, é possível indenização ulterior.
    - e) Sendo o bem móvel e fungível, mas havendo iminente perigo, a doutrina considera como requisição. Sendo bens móveis e infungíveis, trata-se de desapropriação.
  - Ocupação temporária:
    - a) Instituto transitório, como o próprio nome indica.
    - b) Atinge o caráter exclusivo da propriedade.
    - c) Terreno não edificado ao lado da obra pública – condição indispensável (art. 36, do Decreto-Lei n. 3.365/41).
    - d) Para pesquisa arqueológica e de minérios (Lei 3.924/61).

e) Se causar dano, haverá indenização.

- Tombamento:

- a) Conservação do patrimônio histórico, cultural, paisagístico e artístico.
- b) Serve para conservar a história de um povo, a sua identidade.
- c) Atinge bem móvel e imóvel.
- d) Pode-se tomba bem público ou privado.
- e) Pode ser geral (uma cidade, por exemplo) ou individual (uma casa).
- f) Processo administrativo.
- g) Registro no Livro de Tombo.
- h) Enquanto durar o processo administrativo, o tombamento é provisório.
- i) O tombamento pode ser voluntário (a pedido ou por ausência do proprietário) ou pode ser compulsório ou de ofício.

Obrigações decorrentes do tombamento:

- a) Conservação do bem, com prévia autorização.
- b) O proprietário não pode danificar o bem (art. 165, do CP).
- c) O ente que tombou tem direito de preferência.
- d) O bem tombado é inalienável, de forma absoluta, se pertencente ao patrimônio público.
- e) Só pode ser o bem tombado retirado do país por curto espaço de tempo.
- f) Não pode ser objeto de exportação.
- g) Tolerância à fiscalização.
- h) O vizinho ao bem tombado não pode instalar latas e cartazes que prejudiquem a visibilidade.
- i) Não gera dever de indenização.

- j) Competência material: todos os entes têm competência para realizar o tombamento, dependendo do interesse é competência cumulativa (art. 23, III, da CF).
- k) Competência legislativa: concorrente (União, norma geral; Estado, normas específicas).
- l) Forma de intervenção que tem caráter perpétuo.

#### DESAPROPRIAÇÃO – Decreto-Lei 3.365/41

- Aquisição compulsória da propriedade do Poder Público, mediante prévia indenização justa e em dinheiro.
- É compulsória e originária.
- Atinge o caráter perpétuo da propriedade.
- Competência legislativa: da União (art. 22, II, da CF).
- Competência material: entes políticos da Administração direta, indireta, concessionários e permissionários. Os delegados da Administração indireta não realizam todo o procedimento, dependendo de autorização do Poder Público.
- Podem ser desapropriados bens móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos, públicos e privados, salvo os direitos decorrentes da personalidade, direito autoral, a vida, a imagem e os alimentos. Quando for público o bem, a União desapropria os dos Estados e dos municípios. O Estado, dos municípios situados em seu território. Os municípios desapropriam bens particulares.

#### Modalidades de desapropriação:

- Comum (ordinária ou geral) – art. 5º, XXIV, da CF.
  - a) Por necessidade ou utilidade pública – art. 5º, do Decreto-Lei 3.365/41. Se houver urgência: necessidade; sem urgência: utilidade.
  - b) Por interesse social – art. 2º, da Lei 4.132/62.
  - c) Todos os entes podem realizar a desapropriação comum.
  - d) A indenização será prévia, justa e em dinheiro.
- Desapropriação florística é a que tem fundamento nas questões ambientais, na maioria por utilidade pública.

- Desapropriação sancionatória (natureza de pena) ou extraordinária. Para os que desrespeitam a função social da propriedade:
  - a) Rural: destinada à reforma agrária (nem toda desapropriação rural para reforma agrária é sancionatória) - art. 184 e 191, da CF e LC 76/93 – competência da União para bem imóvel rural. A indenização é feita em forma de TDA (Título da Dívida Agrária), resgatável em até 20 anos. As benfeitorias são pagas em dinheiro. Sendo a propriedade pequena, média, única e produtiva, não se desapropria para a reforma agrária.
  - b) Urbana: desapropriação urbanística acontece sob o fundamento de desobediência ao plano diretor (art. 182, § 4º, da CF e Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade). Competência do município e do DF, com indenização feita em TDP (Título da Dívida Pública), resgatável em até 10 anos.
- Desapropriação confiscatória: art. 243, da CF. Duas hipóteses: glebas de terras utilizadas para plantações de psicotrópicos proibidos – serão expropriados para assentamento de colonos e para a plantação de alimentícios e medicamentos. São expropriados também os instrumentos utilizados no tráfico, para utilização na recuperação de viciados e implementação de fiscalização, sem indenização.
- Desapropriação indireta: sem as providências necessárias. Também chamada de “esbulho administrativo”. Se incorporado ao Poder Público, não pode ser devolvido o bem ao proprietário, sendo convertida pelo juiz em desapropriação com direito à indenização. Essa ação de desapropriação, segundo o STF, tem o mesmo prazo do usucapião, ou seja, 10 anos. A ação de desapropriação só se faz necessária quando não há consenso quanto ao valor ou quando o proprietário for desconhecido. Caso contrário, o procedimento é administrativo, em duas fases:
  - a) Declaratória: em regra, por decreto expropriatório, pelo chefe do Poder Executivo. Mas o Poder Legislativo também pode declarar através de uma lei de efeitos concretos (com destinatário certo e determinado). Devem estipular o fundamento, a destinação e qual o bem. Só serão indenizadas as benfeitorias necessárias e as úteis, se autorizadas previamente. A declaração dá início ao prazo de caducidade, que é de 05 anos, se for por necessidade e utilidade pública. Passado esse prazo, pode ser repetida a desapropriação, após o prazo de carência de 01 ano. Se por interesse social, o prazo decadencial é de 02 anos, sem prazo de carência.
  - b) Executiva: pagamento + entrada no bem. Essa ação de desapropriação é de procedimento especial, ajuizada pela Administração. Só se discute valor e formalidade. Se houver urgência, pode-se pedir imissão provisória na posse, com o depósito do valor, podendo o juiz permitir que o proprietário levante o valor em até 80%; indica assistente técnico e perito. Compu-

tam-se na indenização lucros cessantes, juros moratórios, compensatórios e correção monetária. A mudança de destino pelo qual se desapropriou (tredestinação) é possível em nosso ordenamento. Quando não for dado destino ao bem, dá-se ao antigo proprietário a preferência de reaver o bem (retrocesso), sob pena de indenização por perdas e danos, com natureza de direito pessoal.

## LICITAÇÃO

Procedimento administrativo, que tem por finalidade a celebração de um contrato administrativo. É uma competição para se escolher a melhor proposta (técnica ou preço). Aqui se aplica o princípio da impessoalidade, dando oportunidade a todos de concorrer e, eventualmente, contratar com a Administração. Sujeitam-se à licitação os entes da Administração direta, indiretas, fundos especiais (pode ser tão somente um órgão da Administração direta); uma fundação pública; pode ser, também, um simples código orçamentário, para receber recurso público – neste caso não depende de licitação, nem precisando vir previsto na lei. O seu objetivo é assistencial; também se inclui na lei os demais entes controlados pela Administração pública, através do tribunal de contas (serviços sociais autônomos, OSCIP, etc.).

- Empresa pública que presta serviço público está sujeita à licitação (art. 37, XVI, da CF). As que exploram atividade econômica, incluindo a sociedade de economia mista, poderão ter um estatuto próprio (art. 173, § 3º, III, da CF). Porém, tal estatuto não existe até hoje. Assim, a regra aplicável é a geral, ou seja, por enquanto, sujeitam-se à Lei 8666/93 c/c o art. 37, XXI, da CF, sujeitando-se à licitação. Na prática, elas não se submetem à licitação, pois a própria lei 8666/93 traz hipóteses de dispensa e inexigibilidade, deixando de fora as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que explorem atividade econômica. Como exemplo de inexigibilidade entra a “atividade fim”.
- A competência para legislar sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, da CF) é da União, privativamente, sobre normas gerais (salvo as delegações), aplicável em âmbito nacional. Sobre normas específicas, além da própria União, os Estados-membros também podem legislar sobre normas específicas, assim como os municípios e o DF, servindo tais normas apenas para quem legislou. Na própria lei 8666, a União legislou sobre norma específica em alguns dispositivos, portanto aplicável somente à União (de âmbito federal). Tal discussão foi objeto da ADI 927 (art. 17, da Lei 8666/93 – município, DF, Estados, podem legislar sobre alienação de bens públicos).
- A Lei 9427/97, da ANATEL, disciplinou sobre licitação. A ADI 1668, em sede cautelar, declarou inconstitucional todos os dispositivos da referida lei, que afastavam a exigência de licitação. Porém, permanece o pregão e a consulta, esta modalidade própria da agência reguladora.

- A Lei 9478/97 estabeleceu a criação da ANP, dizendo que a Petrobrás não obedeceria a Lei 8666/93, mas a um procedimento simplificado definido pelo presidente da República, através de decreto. O Tribunal de Contas da União disse que tal lei é inconstitucional (fez as vezes do STF – vide Súmula 347), mas só poderia o TCU fazer o controle no caso concreto. A Petrobrás impetrou mandado de segurança perante o STF (MS 25888), tendo sido concedida liminar em seu favor, para que continue seguindo o procedimento simplificado, pois o TCU não pode controlar abstratamente, fazendo as vezes do STF.
- Sobre a ECT, vide Acórdão 156, do TCU (ADPF n. 46).
- Princípios da licitação. Além dos gerais, aplicam-se à licitação:
  - a) Vinculação a um instrumento convocatório (edital). É a lei da licitação. O que é importante estará previsto no edital, sendo indispensável o que nele se exige.
  - b) Julgamento objetivo: o critério de seleção deve estar previsto de forma clara no edital (melhor técnica, preço, etc.). Em caso de desempate, vide art. 3º, § 2º e 45, § 2º, da Lei 8666.
  - c) Procedimento formal: devem ser levadas em consideração as formalidades essenciais, necessárias, aquelas que se não respeitadas causarão prejuízo. Na modalidade leilão, não há sigilo de proposta. O desrespeito a essa regra é crime, com exceção, por óbvio, do leilão.
- Dispensa e inexigibilidade da licitação: dispensa de licitação é a hipótese em que a competição é possível, mas a lei libera. Na inexigibilidade, a competição é impossível. Na licitação dispensada (art. 17, da Lei 8666), a competição é possível, mas o administrador não tem liberdade para fazer a licitação; na licitação dispensável a competição é possível, mas o administrador tem liberdade para licitar (art. 24, da Lei 8666). Os artigos 17 e 24, da Lei 8666 são taxativos.
- Licitação deserta: permite contratação direta. Não aparece interessado (art. 24, IV, da Lei 8666).
- Licitação fracassada: ninguém é habilitado (só leva à contratação direta se o fracasso é por desclassificação).
- Na inexigibilidade (art. 25, da Lei 8666) não competição. O rol do artigo 25 é exemplificativo. Pressupostos de inexigibilidade:
  - a) Lógico: só se faz competição se houver pluralidade de interessados. Na inexigibilidade não há pluralidade.

- b) Objeto singular: no caráter absoluto, ou seja, existindo apenas um exemplar no mercado ou participação em evento externo (ex. chuteira do Pelé na Copa de 70). Ou tem caráter pessoal (ex. pintura, escultura, etc.).
  - c) Serviço singular: tem que constar da lista do art. 13, da Lei 8666. Serviço de notória especialização; serviço de singularidade relevante; deve haver subjetividade na contratação.
  - d) Jurídico: deve perseguir o interesse público. Prejudica-se o público, não há o pressuposto jurídico, sendo a licitação inexigível, desviando-se da atividade fim.
  - e) Fático: significa desinteresse do mercado (ex. vender remédio estragado). Neste caso, não há razão para se exigir licitação.
- Modalidades de licitação: quando se fala de valor, trata-se de concorrência, tomada de preço ou convite; se não tratar-se de valor, fala-se em leilão, concurso ou pregão (exceção: na concorrência e no leilão).
    - a) CONCORRÊNCIA: para valores altos (art. 23, da Lei 8666). Para obras e serviços de engenharia: valores superiores a 1 milhão e 500 mil reais. Para outros serviços e bens: superior a 650 mil reais. Quanto ao objeto, a concorrência é obrigatória para bens imóveis (para comprar ou vender). O leilão, excepcionalmente, cabe em dação em pagamento, no caso de imóvel (na alienação); na concessão também é obrigatória a concorrência; também na licitação internacional (a lei traz duas exceções: se o valor for inferior ao da concorrência e corresponder a outra modalidade e houver cadastro internacional – tomada ou convite). Há um prazo de intervalo mínimo entre a publicação do edital e a entrega dos envelopes (art. 21, da Lei 8666).
    - b) TOMADA DE PREÇO: para valores intermediários (entre o convite e a concorrência) – art. 23, da Lei 8666. Obras e serviços de engenharia acima de 150 mil até 1 milhão e 500 mil. Para outros bens e serviços, acima de 80 mil até 650 mil. Abaixo disso, encontramos o convite. Podem participar dessa modalidade os licitantes cadastrados ou aqueles que preencherem os requisitos para o cadastramento até o terceiro dia anterior a ele, apresentando um requerimento. O prazo de intervalo mínimo (publicação de edital até entrega de envelopes) – art. 21, da Lei 8666.
    - c) CONVITE: para pequenos valores. Para obras de engenharia: 0 a 150 mil; para outros: 0 a 80 mil. Participam os licitantes convidados, em número mínimo de 03, cadastrados ou não. Também participam os demais cadastrados e interessados até 24 horas antes. Se justificada a ausência de outros licitantes,

com apenas um ou dois pode-se prosseguir. O instrumento convocatório é a carta-convite, não o edital. É encaminhada aos convidados e fixada na repartição. O prazo de intervalo mínimo é de 05 dias úteis. Uma comissão composta por 03 ou até por apenas 01 servidor, se o quadro da Administração for pequeno e prejudicar o andamento do serviço.

Obs 1. A concorrência é genérica, podendo ser feita no lugar da tomada de preços ou do convite.

Obs.2. Consórcio: até três entes: 300 mil reais; se mais de três entes, os valores serão triplicados, em qualquer modalidade licitatória (art. 23, § 8º, da Lei 11.107/2005).

Obs.3. Dispensa: vide art. 24, da Lei 8666/93. Até o limite de 10% do convite. Em não se tratando de engenharia, o limite é até 8 mil reais (art. 24, I e II, da Lei 8666. Art. 24, parágrafo único: empresas públicas e sociedade de economia mista, agência executiva, consórcio público – limite de 20% do convite (limite dobrado).

- d) LEILÃO: qualificado em razão do objeto. Só serve para *alienação* de bens. Bens imóveis, quando decorrentes de decisão judicial e dação em pagamento (também pode ser concorrência); também haverá leilão quando se tratar de bens móveis inseríveis, apreendidos, penhorados (estes, considerados equívoco; na verdade o legislador queria dizer “bens empenhados”; qualquer bem móvel pode ser objeto de leilão (art. 17, § 6º), até o limite de 650 mil reais. O leiloeiro é o responsável pelo leilão. Não há concessão nem procedimento próprio. O prazo entre a publicação do edital e a apresentação das propostas deve obedecer o intervalo mínimo de 15 dias corridos (art. 21, da Lei 8666).
- e) CONCURSO: aqui, a contrapartida é um prêmio ou uma remuneração (nesta modalidade de licitação não se trata de preenchimento de cargo, pois é um instituto que não se confunde com o concurso público). Intervalo mínimo de 45 dias corridos entre o edital e a apresentação das propostas; não há procedimento na Lei 8666. Segue regulamento próprio (ex. promoções da Nestlé); a comissão do concurso não precisa ser preenchida por servidores, mas por qualquer pessoa idônea, embora não haja impedimento de que participe servidores.
- f) PREGÃO: (Lei 10.520/2002). Só serve para aquisição, ao contrário do leilão, que tem por finalidade a alienação de bens. O pregão foi primeiro previsto para as agências reguladoras – Lei 9472/97; MP 2026/2000. Hoje, todos os entes podem realizar pregão. Antes, somente a União podia. Serve para aquisição de bens e serviços comuns (o que pode ser conceituado no

edital como expressão usual de mercado. Ex. caneta, papel ofício, etc.). O intervalo mínimo entre o edital e a apresentação das propostas é de 08 dias úteis.

- Procedimento de licitação:
  - 1) Fase interna: etapa de formalização do processo dentro da Administração:
    - a) Autuação, com o pedido: demonstração de necessidade.
    - b) Nomeação dos membros da comissão (art. 51, da Lei 8666) – pelo menos três servidores. No convite, pode ser um único servidor.
    - c) Elaboração da minuta do edital – art. 40, da Lei 8666.
    - d) Recurso orçamentário.
    - e) Parecer jurídico.
    - f) Autorização da deflagração do certame (feita pela autoridade, por meio formal). Essa mesma autoridade faz a homologação e adjudicação.
  - 2) Fase externa:
    - a) Publicação do edital (art. 21, da Lei 8666) – pode-se cobrar por ele (o valor do custo). Quem participa não está condicionado à compra do edital. O que se exige é o conhecimento do edital. A impugnação do edital (art. 41, da Lei 8666) pode ser feita por qualquer cidadão, até o quinto dia útil anterior à entrega dos envelopes. A comissão tem três dias úteis para julgar a impugnação. Decai-se do direito de impugnar o edital quem não o fizer até o segundo dia útil anterior (ser for licitante). A impugnação não suspende o processo. Não tem natureza de recurso. Havendo falha no edital, pode ser ele alterado, desde que publicado na forma oficial. Para criar obrigação nova ou liberar uma obrigação existente, é preciso reabrir o prazo de intervalo mínimo.
    - b) Habilitação (art. 27, da Lei 8666): os envelopes são rubricados, um a um, pela comissão e pelos licitantes presentes; abre-se primeiro o envelope de documentos pessoais; quem não preenche os requisitos estará inabilitado ou desqualificado (nunca se fala, nesta fase, em desclassificação). Há recurso com efeito suspensivo (art. 109, da Lei 8666), em regra no prazo de 5 dias úteis. A exceção é o convite, que será de 2 dias úteis; se todos forem inabilitados, a comissão procede de acordo com o

art. 48, § 3º, da Lei 8666. Se for convite, 8 dias reduz-se para 3 dias úteis.

- c) Julgamento: formalidades; ver preço de mercado; aqui, sim, fala-se em desclassificação, caso não se preencha os requisitos; se todos forem desclassificados, vide art. 48, § 3º, da Lei 8666; o recurso poderá ser interposto no prazo de 5 dias úteis (convite, 2 dias úteis), com efeito suspensivo.
- d) Homologação: verificação de regularidade do procedimento, feita pela autoridade que deflagrou o certame (o chefe da repartição). Com defeito, haverá anulação da licitação.
- e) Adjudicação: resultado oficial (“dar a César o que é de César”); o contrato é mera expectativa de direito; o licitante está obrigado a assinar o contrato durante o prazo de vinculação da sua proposta, em 60 dias a contar da entrega dos envelopes, se outro não for exigido pelo edital; se não assinar, o licitante sofrerá pena (art. 87, da Lei 8666); se não quiser, mesmo assim, chama-se o segundo colocado, pela proposta do primeiro colocado. Podem ser chamados os outros, respectivamente, mas sempre pela proposta do primeiro colocado.

Obs. No pregão, o processo é inverso (vide Lei 10.520/2002). O recurso é apresentado na hora e na forma oral. As razões, em três dias, por escrito.

## CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- Conceito: vínculo jurídico em que os sujeitos ativos e passivos se comprometem a uma prestação e uma contraprestação, buscando a satisfação do interesse público, com regime de direito público.
- Regido pelo direito público e celebrado pela Administração, se faz pelo direito privado (ex. locação). A Administração, mesmo assim, precisa licitar, salvo os casos de dispensa.
- Características:
  - a) Presença do ente público.
  - b) Contrato formal (previsto em lei) – exige-se licitação, se não for caso de dispensa ou inexigibilidade. Neste caso, faz-se o procedimento de justificação; escrito, em regra, mas pode ser verbal, na hipótese do art. 60, parágrafo único, da Lei 8666 (pronta entrega, até 4 mil reais); a publicação do contrato é

condição de eficácia (art. 61, parágrafo único, da Lei 8666); o instrumento de contrato é obrigatório em algumas circunstâncias (art. 62, da Lei 8666): quando tratar-se de valor da concorrência ou tomada de preços (o instrumento do contrato será facultativo quando tratar-se de convite – veja que o importante é o valor, para a feitura do instrumento); quando a lei der alternativas, a forma do contrato será discricionária (a regra é a vinculada).

- c) Consensual: aquele que está pronto e acabado, no momento em que se manifesta a vontade. Diferente do contrato real, que se aperfeiçoa com a entrega do bem.
  - d) Comutativo: não é aleatório. Tem que ter prestação e contraprestação, equivalentes e pré-determinadas.
  - e) Personalíssimo: leva-se em consideração o sujeito, o contratado. Porém, quando previsto no contrato e com a anuência da Administração, pode-se permitir a sub-contratação.
- Contrato de adesão: a Administração tem o monopólio; não há discussão de cláusula contratual; não se discute o conteúdo do contrato.
  - Cláusulas:
    - a) Necessárias: obrigatórias, essenciais (art. 55, da Lei 8666). A *garantia* é uma cláusula necessária, prevista no art. 56, da Lei 8666, em que a Administração pode exigí-la (o “pode” é lido como “deve”); o valor da garantia será de até 5% do valor do contrato. Se de alta complexidade (art. 56, § 2º, da Lei 8666), valor alto ou risco financeiro, até 10%. A garantia pode ser prestada através de caução em dinheiro, TDP, seguro-garantia e fiança bancária. A forma da garantia será escolhida pelo *contratado*. A duração da cláusula necessária, que exige prazo determinado (art. 57, da Lei 8666), com duração do crédito orçamentário, é de 01 ano. Exceções: com previsão no PPA, pode ter duração maior (metas e ações de governo com prazo de 4 anos é o que se entende por PPA – Plano Plurianual); quando tratar-se de serviço de prestação contínua, a duração é de até 60 meses (quando de excepcional interesse público, o contrato de prestação contínua pode ser prorrogado por mais 12 meses); pra aluguel de equipamentos e programas de informática, o prazo é de 48 meses; para concessão e permissão de serviço, depende da lei específica.
    - b) Exorbitantes: (art. 58, da Lei 8666) – significa que exorbita, extrapola o comum dos contratos administrativos, pois apresentam à Administração alguns privilégios e prerrogativas. São cinco:

b.1) Alteração unilateral do contrato, pela Administração.

b.2) Extinção unilateral do contrato.

b.3) Aplicação de penalidades (art. 87, da Lei 8666) – multa, advertência, suspensão de contrato com o Poder Público e declaração de inidoneidade. A suspensão é pelo prazo de até 2 anos, com quem aplicou a pena, exclusivamente. A declaração de inidoneidade tem aplicação a todos os entes públicos (não pode contratar com o Poder Público); só se aplica às condutas criminosas e a empresa só será reabilitada com o prazo de 2 anos + indenização.

b.4) Ocupação provisória de bens – possibilidade que tem a Administração de ocupar o bem enquanto durar o prazo de extinção do contrato.

b.5) Fiscalização – mais que um privilégio, é obrigação da Administração, que deve fiscalizar a execução do contrato. A *exceptio non adimpleti contractus* não existe no contrato administrativo se ocorrer antes de 90 dias (por isso não é cláusula exorbitante, pois aplicada a todos os contratos).

- Alteração contratual: (art. 65, da Lei 8666) – não é cláusula exorbitante, pois aplicada a todos os contratos. A Administração pode alterar o valor do contrato, desde que referente à quantidade do objeto, para cima ou para baixo, até o limite de 25%. Quando tratar-se de reforma, se para acréscimo, é possível o limite de 50% (de forma unilateral).
- De forma bilateral, a Administração pode fazer a substituição da garantia ou a forma de pagamento e, também, para buscar o equilíbrio econômico e financeiro (teoria da imprevisão – *rebus sic stantibus*).
- Fato da Administração: atinge diretamente o objeto do contrato. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é “[...] preferível conceituar o *fato da Administração* como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, *viola os direitos do contratado* e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado. As consequências dos aludidos fatos da Administração são tratadas na Lei 8666/93. Assim, o retardamento de pagamento dá margem à indenização do contratado – pois, a teor do art. 66: ‘O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, *respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial*’. Se, por força do atraso, houver impedimento ou retardamento na execução, haverá prorrogação do contrato, como estabelecido no art. 57, VI. Além disto, consoante dispõe o art. 78, XV [...] o atraso superior a 90 dias, salvo no caso de calamidade pública, dá ao contratado o direito de suspender o cumprimento de suas obrigações até a normalização do pagamento, ou de pedir a rescisão do

contrato [...]” – in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 20ª edição, p. 610/611.

- Fato do príncipe: Também segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] convém entender por ‘fato do príncipe’, os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da do contratante. O fato do príncipe *não é um comportamento ilegítimo*. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica do contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, *exempli gratia*, da decisão oficial de alterar o salário mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo dos serviços de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister. É certo que este agravo patrimonial não libera, como Benoit, o contratado de executar as obrigações avençadas com o Poder Público, mas investe-o no direito de obter reparação integral do prejuízo sofrido em decorrência do fato que lhe agravou os encargos [...]” – in ob. cit., p. 607.
- A extinção pode ser de forma unilateral, chamada de rescisão administrativa, por razão de interesse público ou descumprimento de cláusula contratual. Pode ser feita de forma amigável. Se o contratado quiser rescindir o contrato de forma unilateral, deve recorrer ao Poder Judiciário. Pode acontecer, também, por circunstâncias estranhas à vontade das partes (ex. morte, loucura, etc.).

## DIREITO PENAL

Do ponto de vista formal, o Direito Penal é o conjunto de normas que cuidam do *ius puniendi*, que compreende três aspectos:

- a) Poder de ameaçar com pena.
- b) Direito de aplicar a pena.
- c) Direito de executar a pena.

### **Finalidades do Direito Penal**

- a) Proteção de bens jurídicos.
- b) Contenção da violência estatal.
- c) Prevenção da vingança privada.
- d) Proteção do infrator da norma.

O *ius puniendi* não pode ser exercido abusivamente; possui limites, que emanam da CF (internos), impostos pelo próprio ordenamento jurídico. São retratados em 12 princípios constitucionais penais (alguns são explícitos, outros são implícitos):

- a) **Exclusiva proteção de bens jurídicos:** o Direito Penal não serve para a tutela da moral, funções governamentais, ideologia, religião, etc. mas para a proteção dos bens jurídicos, ou seja, os mais importantes, como a vida, o patrimônio, etc. O bem jurídico não precisa estar expressamente na CF, mas não pode conflitar com ela (Ex. de conflito com a CF: art. 39, da LCP).
- b) **Integração mínima:** é a base do Direito Penal mínimo, dividido em movimentos positivista, abolicionista e minimalista. O mais adequado é o minimalista, fundado em dois subprincípios:

Fragmentariedade: somente os bens jurídicos mais relevantes devem ser protegidos; somente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos.

Subsidiariedade: só tem sentido usar o Direito Penal quando outros ramos do Direito não são suficientes. O Direito Penal é a *ultima ratio* (última razão; último instrumento).

- c) **Materialização e exteriorização voluntária do fato:** não existe crime sem conduta. É o chamado “Direito Penal do fato” (oposto: Direito Penal do autor, que é o que pune o sujeito não pelo que ele fez, mas pelo que ele é (Ex. a punição dos judeus pelo Nazismo). No Código Penal, exemplo de Direito Penal do autor é o art. 59, da LCP, que trata da vadiagem. O vadio não está “fazendo” vadiagem, ele “é” vadio. Mesmo no crime omissivo existe conduta, a conduta omissiva. Fato voluntário é o que emana da vontade da pessoa.

**d) Ofensividade:** não existe crime sem ofensa aos bens jurídicos (*nullum crimen sine inuria*). Não há crime sem resultado jurídico. Há duas espécies de ofensa:

Lesão: quando o sujeito realiza formalmente o crime, mas não atinge o bem jurídico, não há lesão (Ex. falsificação grosseira).

Perigo: arma desmuniada, para o STF, não é delito, pois não oferece perigo, não ofende o bem jurídico protegido. Tem poder intimidativo, logo, quem usa arma de brinquedo em roubo é considerado crime. A arma desmuniada não é considerado crime autônomo.

**e) Responsabilidade penal do agente:** cada um responde pelo que faz. Ninguém responde por fato alheio. Não existe no Direito Penal responsabilidade coletiva, societária, familiar. Tudo é personalíssimo (HC 18206/STJ). Nenhuma pena pode passar do delinqüente (princípio da pessoalidade ou da personalidade). A lei dos crimes ambientais prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Esta, é preciso que se atente, não pode ser sujeito ativo do crime, mas pode ser responsabilizada, tendo em vista que não pratica conduta.

**f) Responsabilidade subjetiva do agente:** só responde penalmente se agiu com dolo ou culpa. Não existe responsabilidade penal objetiva.

**g) Culpabilidade:** o sujeito só pode responder penalmente se tinha capacidade de se motivar de acordo com a norma e se podia agir de modo diverso.

**h) Igualdade:** duas correntes:

Paritária: a lei não pode fazer qualquer distinção.

Valorativa: a lei pode fazer distinção, desde que razoável.

**i) Dignidade:** é o valor síntese do Estado Constitucional de Direito. É proibido a pena indigna.

**j) Humanidade da pena:** proibido tratamento cruel, desumano ou degradante. Todo preso tem que ter respeito à sua vida e à sua integridade física.

**k) Proporcionalidade:** razoabilidade, adequabilidade:

Personalidade da pena: nenhuma pena pode passar da pessoa do delinqüente. A multa penal, por exemplo, não pode ser transmitida aos herdeiros.

Individualização da pena: na cominação da pena, na aplicação e na execução da pena. Na cominação, o legislador; na aplicação, o juiz. Antes de ser aplicada a pena, é preciso verificar se é ela necessária (art. 59, do CP). Ex. perdão judicial.

Suficiência da pena alternativa: valoração, pelo juiz, da suficiência da pena alternativa.

Proporcionalidade em sentido estrito: a pena deve ser proporcional ao fato cometido (Ex. beijo lascivo – é a mesma pena do atentado violento ao pudor: pena mínima = a 6 anos, ou seja, desproporcional. Na prática, o que os julgadores costumam fazer é desclassificar para contravenção penal.

- l) **Legalidade**: criminal, penal, processual, execucional. Origem: Iluminismo/Beccaria. Garantias emanadas do princípio da legalidade:

Lei escrita: sem lei escrita não existe crime (Ex. incesto não é crime, pois não é previsto, escrito).

Lei aprovada pelo Parlamento; (*Lex populi*) – sem tal aprovação, não há validade da lei (Ex. lei da anistia, no seu parágrafo único do art. 11). Medidas provisórias não podem criar crimes nem penas, mas podem beneficiar o réu.

Lei certa: (*lex certa*) taxativa (princípio da taxatividade) – a lei penal deve ser a mais exata possível, a mais certa possível (os tipos abertos violam essa regra).

Lei clara: (*lex clara*) lei inteligível, compreensível.

Lei determinada: devem prever fatos empiricamente comprovados.

Lei estrita: (*lex stricta*) não cabe analogia contra o réu, em Direito Penal; a lei deve ser interpretada restritivamente.

## FONTES DO DIREITO PENAL

- a) **Materiais**: ou fontes de produção (União). Os Estados-membros podem legislar em pontos específicos, desde que haja lei complementar federal que autorize.

- b) **Formais**: há dois grupos:

Imediatas: leis e tratados, depois de incorporados ao Direito brasileiro, possuem status de lei ordinária.

Mediatas: jurisprudência, princípios gerais do Direito. Costume: conjunto de normas que as pessoas obedecem de maneira constante, com a convicção de sua obrigatoriedade. Não podem criar crimes nem penas. Os costumes também não revogam lei (Ex. jogo do bicho – não existe ofensa a nenhum bem jurídico alheio). O explorador do jogo

pode ser punido, pois não paga imposto – daí a contravenção. A jurisprudência é fonte do Direito Penal, pois quando há espaço na lei o juiz supre as lacunas e cria regras.

## **PENA**

Espécie de sanção penal e de resposta estatal, consistente na privação ou restrição de um bem jurídico ao autor de um fato típico (punível).

### **Finalidade da pena. Teorias:**

- a) **Absoluta ou retribucionista:** pune-se alguém pelo simples fato de haver delinqüido. Tem por finalidade retribuir com o mal o mal causado (trouxe o princípio da proporcionalidade para o campo penal).
- b) **Relativa, preventiva ou utilitarista:** a pena passa a ser algo instrumental – busca evitar crimes e reincidência (perigo de trazer penas indefinidas no tempo, enquanto o infrator não estiver “pronto” para não delinqüir).
- c) **Mista ou eclética:** na junção das duas anteriores.

Obs.: No Brasil a pena tem finalidades retribucionista, preventiva (geral e especial) e ressocializadora.

Prevenção geral: atua antes da prática de qualquer infração penal (pena abstratamente cominada).

Prevenção especial: não visa a sociedade, mas o delinqüente – é a retribuição atuando no momento da imposição da pena (sentença condenatória).

Ressocialização: reeducação do preso – atua na execução penal, onde se efetivam a retribuição e a prevenção especial.

### **Princípios norteadores da pena:**

- a) **Legalidade**
- b) **Anterioridade**
- c) **Personalidade:** (intransmissibilidade – art. 5º, XLV, CF) – nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Parcela da doutrina diz que tal princípio é relativo (confisco de bens passa aos sucessores). Mirabete discorda, dizendo que não há transmissão da pena e sim dos efeitos civis da condenação; entende ser um princípio absoluto. A pena de multa, mesmo executada como dívida ativa, não perde o caráter penal.
- d) **Individualização da pena:** art. 5º, XLV, CF – a pena tem que se ajustar ao fato, bem como ao seu autor (no momento legislativo, judicial e executacional). Zaffaroni diz que somente se aplica este princípio ao Estado que adota o sis-

tema de penas relativas (mínimo/máximo). A pena deve ser aplicada, ainda, de acordo com a gravidade do fato (princípio da proporcionalidade).

- e) **Inderrogabilidade ou inevitabilidade da pena:** presentes os seus pressupostos, a pena deve ser aplicada e executada. É um princípio relativo, tendo em vista, por exemplo, o perdão judicial.
- f) **Humanização ou humanidade das penas:** art. 5º, XLIX, CF – proibição de penas cruéis, desumanas ou degradantes. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), para Roberto Delmanto, é desumana, cruel e degradante, por isso, inconstitucional.

## **Tipos de pena**

### **As que o Brasil não adota:**

- a) **Morte:** exceção: guerra declarada. Zaffaroni diz que a CF não permite a pena de morte em guerra, apenas tolera a morte em guerra, por inexigibilidade de conduta diversa. A Lei 9605 permite a extinção da pessoa jurídica, o que seria inconstitucional, pois é uma forma de pena de morte da pessoa jurídica.
- b) **De caráter perpétuo:** a indeterminação das medidas de segurança seriam inconstitucionais, por serem perpétuas, segundo o Prof. Luiz Flávio Gomes (para a maioria, não, pois a medida de segurança não é pena).
- c) **De trabalhos forçados:** o trabalho é direito e dever do preso, mas não o forçado.
- d) **Cruéis:** que podem proporcionar sofrimento físico ou psíquico ao condenado.

### **As que o Brasil adota:**

- a) **Privativas de liberdade:** reclusão, detenção, prisão simples (LCP). Entre reclusão e detenção há as seguintes diferenças:

Reclusão: regime inicial de cumprimento de pena é o fechado, semi-aberto e aberto, respectivamente.

Detenção: semi-aberto e aberto. No caso de regressão, pode haver o regime fechado na detenção.

Reclusão: o procedimento adotado é o ordinário.

Detenção: em regra, o rito é o sumário.

Obs.: a interceptação telefônica só é admitida em crimes punidos com reclusão. Sendo conexo o crime de detenção ao de reclusão, o STF entende que pode haver a interceptação telefônica. Na medida de segu-

rança, quando tratar-se de crime punido com reclusão, haverá intervenção; se for o crime punido com detenção, o tratamento será, em regra, ambulatorial.

**b) Restritivas de direito** – vide adiante.

**c) Pecuniárias** (de pecúnia, dinheiro) – vide adiante.

### **Aplicação da pena**

Art. 68, do CP – sistema trifásico, também conhecido por “critério Néelson Hungria”, já que foi esse jurista o seu criador.

**1ª etapa:** art. 59, do CP – pena-base (circunstâncias judiciais)

**2ª etapa:** atenuantes/agravantes (arts. 65 e 66; 61 e 62, todos do CP).

**3ª etapa:** causas de diminuição/aumento

**4ª etapa:** fixação do regime inicial de cumprimento da pena

**5ª etapa:** possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Não sendo possível, deve-se observar se há condições de se aplicar o SURSIS.

Obs.: a depender da pena aplicada, poderá ser detectada a prescrição da pretensão punitiva. É a chamada “sentença suicida”.

**Pena-base:** o art. 59, do CP dá ao juiz as diretrizes para a aplicação da pena-base. São as chamadas “circunstâncias judiciais” (nesse artigo, encontra-se expresso o princípio da necessidade). O juiz deve observar a culpabilidade, etc. Para os garantistas, as circunstâncias do art. 59 não podem ser usadas contra o agente, pois estar-se-ia diante da aplicação do direito do autor, e não do fato. Ninguém pode ser punido pelo que é, mas pelo que fez. No Brasil pune-se o fato, mas não se esquece de punir o autor, em nome do princípio da individualização da pena. As circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, são as seguintes:

**a) Culpabilidade:** maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta.

**b) Antecedentes:** vida pregressa; anterior ao crime (podem ser bons ou maus). Inquérito policial arquivado ou em andamento não gera maus antecedentes; ação penal absolutória não gera maus antecedentes; processo em andamento com condenação provisória, para a maioria, não gera maus antecedentes (com exceção do TJ-BA, que entende o contrário). No Brasil, só gera maus antecedentes condenação pretérita definitiva que perdeu força para gerar reincidência (passados 5 anos entre o cumprimento da pena e o novo crime); atos infracionais do ECA não geram maus antecedentes.

**c) Conduta social:** análise da vida familiar e no trabalho.

- d) **Personalidade:** retrato psíquico do delinqüente (pode ser detectado no interrogatório, que é dividido em três fases: perguntas sobre o autor; sobre o fato e permite o contraditório.
- e) **Motivos do crime:** o porquê da prática da infração penal.
- f) **Circunstâncias do crime:** analisa o *modus operandi* utilizado pelo agente.
- g) **Conseqüências do crime:** para a vítima ou para os seus familiares.
- h) **Comportamento da vítima:** também chamado de “vitimologia”; quando a vítima contribui para o crime (há julgados entendendo que o uso de pouca roupa atenua a pena do crime de estupro). Outro exemplo: vítima que atravessa a rua sem a devida atenção e é atropelada.

Obs.: as circunstâncias judiciais não servem apenas para se encontrar a pena-base. É, antes de tudo, o “coração” na fixação da pena (vide incisos do art. 59, do CP). O juiz, na aplicação da pena, deve fundamentar sua decisão.

#### **Exceções referentes às agravantes e atenuantes:**

- 1) A agravante sempre agrava a pena? Somente quando não constituem ou qualificam o crime (art. 61, *caput*, CP), sob pena de *bis in idem*.
- 2) Mesmo presente uma agravante, ela não será fixada quando a pena-base for aplicada no máximo, visto que a pena não pode exceder tal limite.
- 3) Também não se agrava a pena quando a atenuante for preponderante (art. 67, CP).
- 4) A atenuante sempre atenua a pena? Em regra, sim, pois o art. 65, do CP, não traz qualquer exceção. Mas elas existem: não atenua a pena quando constitui ou privilegia o crime (segundo Zaffaroni, esse entendimento não se justifica, pois beneficia o réu, devendo, por isso, atenuar sempre).
- 5) Não atenua quando a pena-base for fixada no mínimo (Súmula 231, do STJ). Alguns negam essa Súmula, sob o argumento de que não há previsão legal e por ofensa ao princípio da individualização da pena (pode haver tratamento igual a réus com grau de culpa diferente).
- 6) A atenuante não se aplica quando a agravante for preponderante (art. 67, CP).

#### **Circunstâncias preponderantes:**

- 1<sup>a</sup>) menoridade (menor de 21 anos) – atenuante
- 2<sup>a</sup>) reincidência – agravante

3ª) subjetiva – atenuante ou agravante ligada ao agente

4ª) objetiva – atenuante ou agravante ligada ao modo de execução.

Obs: com o Estatuto do Idoso, alguns consideram a senilidade como atenuante preponderante, assim como a menoridade (criação doutrinária).

Obs.: as agravantes do CP, em regra, somente se aplicam aos crimes dolosos, com exceção da reincidência, que também se aplica aos crimes culposos. O STF, no caso, do “Beaut Mouch” (e somente neste caso, em 1990), entendeu que a torpeza também se aplica nos crimes culposos (apesar do absurdo de tal entendimento, essa já foi uma questão de prova da magistratura, no Estado do Ceará).

Obs.: o crime preterdoloso (dolo no antecedente e culpa no conseqüente), segundo o STF, é tratado como culposo, aplicando em relação a ele apenas a reincidência.

Obs.: a atenuante se aplica a qualquer crime, seja ele culposo ou doloso.

Obs.: a agravante, não articulada na Denúncia, pode ser aplicada pelo juiz.

- Medidas provisórias: não podem criar crimes nem penas (direito penal incriminador).
- É possível medida provisória para beneficiar o réu (não incriminador), segundo o STF (RE 254818).
- Lei escrita: não é possível analogia contra o réu. Cola eletrônica: para o STF o fato é atípico; o STJ, no assunto, é dúbio, oscilante, até mesmo vacilante.
- Lei prévia (*lex praevia*) – a lei penal só tem validade para fatos futuros (princípio da anterioridade).
- Não há lei sem ofensa: a lei deve descrever verbos ofensivos (ex. matar, subtrair, constranger, etc.).
- Lei proporcional: a lei deve ser proporcional, razoável (princípio da razoabilidade).
- Lei penal: é toda lei que disciplina algum aspecto do *jus puniendi*. Tem por características a imperatividade (possui força coativa); generalidade (possui validade geral, *erga omnes*).
- Espécies de lei penal: incriminadora (versa sobre crime, pena ou medida de segurança); não incriminadora (versa sobre qualquer outro aspecto penal, que não crime, pena ou medida de segurança – ex. leis justificantes).

- Norma penal: comando normativo veiculado pela lei penal. A norma deriva da lei (ex. matar alguém = lei; proibido matar = norma).
- Espécies de norma: normas de conduta (dirigida a todos; versa sobre o proibido (norma primária); norma de sanção (versa sobre o castigo – dirigida ao juiz, também conhecida como norma secundária – ex. art. 121, do CP: é proibido matar = preceito primário; reclusão de 6 a 20 anos: preceito secundário).
- A norma primária possui dois aspectos: valorativo (existe para proteger um valor – ex. vida, no caso do art. 121); imperativo (impõe uma determinada pauta de conduta - “respeite o valor vida”, no caso do art. 121).
- Tipo penal: conjunto de todas as características fundamentadoras do crime. A lei penal é uma parte do tipo penal. É composto por lei penal + dolo + imputação objetiva do resultado + o resultado jurídico + a desaprovação da conduta.
- Há dois tipos de lei penal:
  - a) Completa: é a lei que não depende de nenhum complemento valorativo ou normativo (ex. art. 121).
  - b) Incompleta: é a que depende de um complemento valorativo ou normativo (lei penal em branco). Se não existir o complemento, a lei penal em branco é um “nada jurídico”. Esse complemento pode ser homogêneo ou heterogêneo. O homogêneo advém da mesma fonte que criou a regra principal (ex. conceito de funcionário público); o heterogêneo advém de outra fonte que criou a norma principal (ex. lista de substância entorpecente da ANVISA). O complemento homogêneo pode ser homovitelíneo (ocorre quando o complemento normativo encontra-se na mesma estrutura normativa da figura típica principal. Como exemplo, o conceito de funcionário público, em que o art. 327, do CP complementa o art. 312, do mesmo Diploma). Heterovitelíneo, quando o complemento normativo encontra-se em outra estrutura normativa. Como exemplo, o art. 178, do CP, que fala de *warrant*, que tem o seu conceito nas leis comerciais; art. 184, que fala em direitos autorais, que tem o seu conceito na Lei de Direitos Autorais.
- Diferença entre lei penal em branco e tipo aberto: a primeira depende de complemento normativo; o segundo é o que depende de complemento valorativo (feito pelo juiz). Ex. de tipo aberto: mulher honesta (não existe mais no CP); ato obsceno (é ao juiz que incumbe valorar, definir o que vem a ser ato obsceno).

### Conflito aparente de leis penais

Ocorre quando duas ou mais leis penais vigentes são aparentemente aplicáveis. Os princípios que resolvem tal conflito são os seguintes:

- a) **Especialidade:** lei especial derroga a lei geral. É a lei que contém todos os requisitos da geral mais alguns requisitos específicos ou especializantes.
  - b) **Subsidiariedade:** a lei principal derroga a lei subsidiária. Pode ser expressa ou tácita. A primeira, quando o legislador expressamente diz que o tipo só se aplica se o fato não for mais grave (art. 132, do CP); se não ocorrer o fato final (art. 15, do Estatuto do Desarmamento). A tácita ocorre quando um delito menor integra a descrição típica de um mais grave (furto em relação ao roubo; roubo em relação ao latrocínio).
  - c) **Consunção:** resolve todos os conflitos que se resolveria pela subsidiariedade. Também chamado de absorção. Duas regras básicas: o maior crime absorve o menor; o fim absorve o meio (ex. o crime consumado absorve a tentativa; a autoria ou co-autoria absorve a participação; crime progressivo – para alcançar o crime mais grave o agente passa, necessariamente, pelo menos grave, como no caso de homicídio, que para ser consumado é necessário que se cometa lesão corporal = crime de passagem; progressão criminosa – ocorre em dois atos: no princípio o agente quer o crime menor e o consuma. Após, delibera praticar o maior, e o pratica, como no caso de o agente querer lesar, e lesa. Após, resolve matar, e mata). No crime progressivo, não existe a substituição do dolo; na progressão, existe. A consumação aplica-se também aos crimes complexos = fusão de dois ou mais crimes que formam um terceiro; para o STF o estupro é crime complexo; com a consunção também se resolve o *antefacto impunível* = o fato precedente que se coloca na linha de desdobramento do fato punível (ex. toques corporais anteriores ao estupro é absorvido por ele); *pós factum impunível* = quando o mesmo agente, depois de afetado o bem jurídico, incrementa a lesão contra o mesmo bem jurídico (ex. após furtar o objeto, o agente o destrói).
  - d) **Alternatividade:** nem todos os autores consideram este um dos princípios que resolve o conflito aparente de leis penais. Contudo, pode ser encontrado nos chamados “tipos nucleares”, que possuem vários verbos, podendo o agente ser incurso em qualquer um deles (ex. art. 33, da Lei de Drogas).
- STF: quem falsifica o documento e o usa só responde pela falsidade.
  - O ladrão que vende o bem furtado, segundo a jurisprudência majoritária: o furto absorve o estelionato (este é o *pós factum impunível*).

- O crime fim absorve o crime meio (ex. estelionato mediante cheque falso. O estelionato absorve a falsidade – Súmula 17, do STJ).
- Observação: o princípio da Alternatividade não tem valia para o conflito de leis penais. Serve para resolver os crimes plurinucleares (que possuem vários verbos – hoje, o art. 12, da Lei 6368/76, foi substituído pelo art. 33, da Lei de Drogas). Quando o agente se incursiona em vários verbos do tipo, responde como se estivesse incursionado em apenas um. A alternatividade não tem nada a ver com o princípio da alterabilidade (contra terceiros).

### Leis penais no tempo

A lei passa a ter vigência na data de sua publicação ou depois da *vacatio legis*. Dura até ser revogada por outra lei; a lei excepcional dura até passar a situação, assim como a temporária.

- Revogação: cassação dos efeitos de uma lei. *Ab-rogação* (revogação total); *derogação* (revogação parcial).
- Declaração de invalidade da lei: quando uma lei é declarada inconstitucional (ex. STF invalidou o § 1º do art. 2º da Lei 8.072).
- Repristinação: fenômeno pelo qual uma lei revogada volta a vigorar por ter sido a lei revogadora revogada.
- Lei vigente: para ser vigente, basta ser publicada e entrar em vigor.
- Lei válida: só é válida se compatível com a CF.
- Leis vigentes não válidas, pelo STF = progressão de regime nos crimes hediondos (AC 82959); foro por prerrogativa de função, depois de cessada a função (revogação da Súmula 394).
- Lei penal e *vacatio legis*: durante a *vacatio* a lei nova pode ser aplicada? Para o STF, não pode ser aplicada durante a *vacatio* nem mesmo quando beneficiar o réu. Há divergência doutrinária.
- O STF entende que não se aplica a lei na *vacatio* porque a lei pode ser revogada antes de entrar em vigor.
- A regra geral é a do *tempus regit actum* (o ato é regido pela lei do seu tempo). Quando ocorre o conflito de leis penais no tempo (sucessão de leis penais no tempo), aplicam-se os seguintes princípios:
  - a) Irretroatividade da lei penal nova mais severa.
  - b) Ultra-atividade da lei penal anterior mais benéfica.
  - c) Retroatividade da lei penal nova mais benéfica.

d) Não ultra-atividade da lei penal anterior mais severa.

- Extra-atividade: capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo (quando é retro ou ultra-ativa).
- Quem tem competência para aplicar a lei nova favorável? Em primeira instância, o juiz; no tribunal, o juiz do tribunal; coisa julgada, o juiz das execuções e, em execução provisória, o juiz das execuções.
- Para as leis processuais penais (art. 2º, do CPP) a aplicação é imediata.
- Para as leis mistas (parte penal e parte processual) aplica-se, preponderantemente, a parte penal (se benéfica, retroage; se não, não). Vide art. 366, do CPP (segundo o STF, este dispositivo é irretroativo).
- Dúvida sobre qual lei aplicar: o juiz deve analisar o caso concreto; se necessário, pode ouvir o réu, que é o mais interessado.
- Combinação de aspectos favoráveis da nova lei: é possível. Pode combinar a pena de uma lei antiga com parte da outra lei penal nova.

### **Conflito de leis penais no tempo**

Nova Lei de Drogas (11.343/06) entrou em vigor em 08.10.2006. Aspectos favoráveis retroagirão.

### **Combinação de leis penais**

Pode haver combinação de leis penais, aproveitando aspectos benéficos da antiga e da nova.

### **Crimes permanentes e sucessão de leis**

Sempre se aplica a última lei, não importa se mais favorável ou mais grave. No caso do seqüestro (crime permanente), aplica-se a lei que estiver em vigor ao tempo do fim da prática do crime (Súmula 711, do STF).

### **Crimes continuados e sucessão de leis**

Rege a última lei, mesmo que mais grave (Súmula 711, do STF) – há inconstitucionalidade, tendo em vista a retroatividade da lei mais grave.

## *Abolitio criminis*

Descriminalização de um fato que era considerado criminoso. Formas de *abolitio criminis*:

- a) Lei nova revoga a antiga.
  - b) Quando a CF descriminaliza (ex. imunidade do vereador).
  - c) Reelaboração do tipo penal (art. 309, CTB aboliu o art. 32 do CP).
- É possível *abolitio criminis* por medida provisória? Sim, pois cabe medida provisória no direito penal não incriminador.
  - A revogação da lei precedente pode significar *abolitio* ou não. Se a nova lei revogar a antiga, mas descrever o mesmo crime em outro artigo, não se fala em *abolitio* – “princípio da continuidade normativo-típico”. Ex. a nova lei de drogas mantém tipos da 6368, em dispositivos diversos.
  - A *abolitio criminis* apaga os efeitos criminais, mas subsistem os civis.
  - A *abolitio criminis* vale, inclusive, quando há coisa julgada.

### **Lei excepcional e lei temporária – art. 3º, do CP.**

A lei excepcional elaborada para reger fatos que ocorrem em tempo anormal (guerras, inundação). A lei temporária é aquela com período certo de duração. Todos os crimes ocorridos no tempo de tais leis são regidos por elas (*tempus regit actum*) – são leis ultra-ativas. Pode haver sucessão de leis penais excepcionais, versando sobre o mesmo fato. O mais favorável é aplicado.

### **Lei penal em branco e modificação do comportamento normativo**

Se a modificação do comportamento elimina o caráter típico e ilícito do fato, dá-se a *abolitio criminis*. Ex. se a ANVISA retirar a maconha de sua lista. Contudo, se a modificação não altera a tipicidade ou a antijuridicidade, não beneficia o réu. Ex. venda de produto acima do preço da tabela não retroage para beneficiar quem vendeu no preço anterior, agora alterado para mais.

**Art. 4º, do CP. Teoria da atividade (tempo do crime); teoria do resultado (momento do resultado criminoso); teoria mista (a junção dos dois).**

O Código Penal acolhe a teoria da atividade.

### **Crime cometido no dia dos 18 anos**

Responde pelo CP e não pelo ECA (não interessa o horário do nascimento). A partir do primeiro segundo do dia, já conta a maioridade.

### **Fuso horário e horário de verão**

O que importa é o horário oficial no local do fato.

### **Crime continuado e tempo do crime**

Crimes cometidos enquanto menor e outros enquanto maior. Os primeiros, pelo ECA, os últimos, pelo CP. Cumpre primeiro a pena do CP. Faltando tempo para completar os 21 anos, cumpre as penas do ECA. Caso contrário, não.

### **Lei penal no espaço – Direito Penal Internacional**

- Art. 5º, do CP: princípio da territorialidade relativa ou temporária. Há crimes ocorridos aqui, que se aplica lei de fora. Ex. imunidade diplomática (intraterritorialidade); crimes previstos pelo Tribunal Penal Internacional.
- Território nacional: solo, águas internas, mar (12 milhas) e ar respectivos.
  - a) Zona contígua: mais 12 milhas depois das 12 milhas.
  - b) Coluna atmosférica: espaço aéreo sob o qual o Brasil exerce soberania.
  - c) Espaço cósmico: espaço sob o qual nenhum país tem soberania.
  - d) Extensão do território nacional: embarcação ou aeronaves públicas (em missão oficial), onde quer que se encontrem; embarcações ou aeronaves privadas brasileiras (em alto mar é Brasil. Em território estrangeiro, não é Brasil); embarcações ou aeronaves privadas estrangeiras (só é Brasil ao entrar no território brasileiro); embarcações ou aeronaves públicas estrangeiras (jamais se aplica a lei brasileira). Exceção: embarcações ou aeronaves privadas brasileiras, mesmo estando em outro país, mas este não processa o crime, é possível aplicar a lei brasileira (o Brasil, neste caso, representa o país que não quer processar – princípio da representação – competência da Justiça Federal).
  - e) Embaixadas estrangeiras no Brasil: para fins penais, é Brasil; para práticas processuais, é território estrangeiro. Se o sujeito ativo goza de imunidade diplomática, responde no seu país.
  - f) Embaixada brasileira no exterior: aplica a lei brasileira de extraterritorialidade. Não é território brasileiro.

### **Lugar do crime – art. 6º, do CP.**

- Teoria da ubiqüidade: crime inicia-se no Brasil e termina fora, é punido no Brasil. Começa fora e termina ou deveria terminar aqui, lei brasileira. Se o crime “toca” o território brasileiro, aplica-se a lei brasileira.
- Crime a distância ou de espaço máximo: o que envolve mais de um país.
- Crime plurilocal: cometido em comarcas distintas, dentro do território nacional.
- Crime em trânsito: envolve mais de dois países.
- Crime de trânsito: tipificado no CTB.
- Crime no trânsito: cometido em via pública.

### **Extraterritorialidade – art. 7º, do CP.**

- Lei brasileira é aplicada a crime ocorrido no exterior. Tem de ser crime, não contravenção. Espécies:
  - a) Incondicionada: art. 7º, I, do CP – independentemente de qualquer requisito ou condição (pode-se punir alguém duas vezes pelo mesmo crime. Neste caso, aqui e no país do cometimento do crime).
  - b) Condicionada: art. 7º, II, do CP. Princípio da representação. Neste caso, a lei brasileira só incide se presentes várias condições: entrar o agente no território brasileiro; o fato seja considerado crime no país do cometimento; não seja perdoado no país do cometimento do crime; não ter havido prescrição no país do cometimento do crime, etc. São condições objetivas de punibilidade.
  - c) Hipercondicionada: art. 7º, III, do CP. Exigem-se outras condições.
- Dupla condenação pelo mesmo crime: é possível, na hipótese de extraterritorialidade, aplicando-se o direito de compensação (a pena cumprida fora atenua a pena no Brasil). Entre multa e reclusão, cabe ao juiz aplicar a equidade, por serem as penas heterogêneas.
- Sendo a primeira condenação injusta, anula-se, abrindo-se possibilidade para ser aplicada nova condenação, sem aplicação da detração pela pena já cumprida. Pode ser indenizado pelo tempo em que esteve preso injustamente (caso do filme Risco Duplo). Não há possibilidade de crédito de pena para o futuro.

- Execução de sentença estrangeira no Brasil:

- a) Para efeito de indenização.
- b) Para cumprimento de medida de segurança.

Obs. Depende da homologação pelo STJ; existem, hoje, acordos bilaterais para troca de presos entre países (ex. caso Abílio Diniz - depende do consentimento do preso); para outros fins penais, a sentença estrangeira não depende de homologação.

### **Sistema trifásico – art. 68, do CP.**

- 1) Pena-base: art. 59, do CP.
- 2) Atenuantes/agravantes
- 3) Diminuição/aumento
- 4) Fixação de regime inicial de cumprimento de pena
- 5) Possibilidade de substituição por penas alternativas
- 6) Possibilidade de aplicação do *sursis*

Obs. Os itens 1, 2, e 3 referem-se ao *quantum* da pena.

- Agravantes:

- Reincidência: repetição da infração penal. Aplica-se a reincidência de acordo com o art. 63, do CP. Requisitos: cometimento de novo crime; trânsito em julgado por crime anterior. Verifica-se a reincidência quando, havendo o trânsito em julgado de crime anterior (no Brasil ou no estrangeiro), o sujeito pratica novo crime. Verifica-se, também, a reincidência, quando há trânsito em julgado de crime anterior e o cometimento de contravenção penal (art. 7º, da LCP). Trânsito em julgado de contravenção e o cometimento de nova contravenção (art. 7º, da LCP). O cometimento de uma contravenção transitada em julgado e o cometimento de um crime, não gera reincidência, por falta de previsão legal, mas gera maus antecedentes. A contravenção praticada no estrangeiro não gera reincidência. Condenação no estrangeiro, por crime, a sentença condenatória não precisa ser homologada pelo STJ, para gerar reincidência (art. 9º, do CP, traz as únicas hipóteses de homologação da sentença: para a reparação de danos e cumprimento de medida de segurança). Importante: para gerar reincidência não importa o tipo de crime, o quantum ou a espécie da pena, basta a condenação definitiva; se o crime pretérito estiver extinto, a punibilidade antes da sentença condenatória definitiva não gera reincidência; se a extinção da punibilidade for posterior à condenação definitiva, em

regra, gera reincidência. Exceções: morte do agente (não gera reincidência, por óbvio); *abolitio criminis*; anistia. O perdão judicial de crime anterior não gera reincidência (art. 120, do CP). O Brasil adotou o sistema da temporariedade para efeito de reincidência (art. 64, I, do CP): lapso de 05 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, computando-se o período de provas do *sursis* e do livramento condicional. Prevalece, portanto, os maus antecedentes. Os crimes militares próprios ou políticos não geram reincidência, somente maus antecedentes (art. 64, II, do CP). Transação penal e suspensão condicional do processo (Lei 9099) não geram reincidência. A reincidência se comprova mediante certidão cartorária. Para uma parte dos doutrinadores brasileiros, a reincidência é inconstitucional por gerar *bis in idem*. O mesmo crime é utilizado para condenar e agravar pela reincidência (Paulo Rangel, Paulo Queiroz, Luiz Flávio Gomes) – não é o posicionamento majoritário. Súmula 241, do STJ: maus antecedentes e reincidência, ao mesmo tempo, geram *bis in idem*, porém, se no passado há dois crimes diferentes, um pode gerar maus antecedentes e o outro, gerar reincidência, não havendo *bis in idem*. Vide art. 61, II, “f” – nova redação, acrescentando a violência contra a mulher, como agravante.

- Atenuantes:

- 1) Art. 65, I: menor de 21, na data do fato, maior de 70, na data da sentença. Mesmo com o novo CC, a maioria entende que prevalece a atenuante do menor de 21 anos, pois aqui prevalece a idade biológica. Do mesmo modo, prevalece o maior de 70 anos, embora a lei considere idoso quem possui 60 anos de idade.
- 2) Confissão espontânea: é considerada, por causar tranqüilidade no espírito do juiz, que condena com segurança de estar acertando. Negando na polícia e confessando em juízo, gera a atenuante. O contrário, não. Confissão qualificada é a admissão da autoria de um fato típico, mas com negativa da ilicitude (ex. pessoa que mata, mas alega legítima defesa) – não gera a atenuante da confissão espontânea; as agravantes são taxativas, as atenuantes, exemplificativas. Culpabilidade (Zaffaroni): a reprovação da culpabilidade que se faz à pessoa que se tem negado as possibilidades outorgadas a outros, deve ser, em parte, compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação (não isenta de pena, mas a diminui). Pode ser aplicada no Brasil com fundamento no art. 66, do CP. O art. 4º, VI, da nova Lei de Drogas, bem como o art. 19, traz, expressamente, a culpabilidade (compartilhamento da culpabilidade pela sociedade).

- Causas de aumento e diminuição de pena: encontram-se espalhadas pelo CP e em leis extravagantes.

- 1) Causa de aumento e diminuição aplica-se na terceira fase.
- 2) Agravante e atenuante, na segunda fase.

- 3) Causas de aumento e diminuição podem elevar a pena além do máximo ou aquém do mínimo legal previsto.
  - 4) Nos casos de agravantes e atenuantes, o juiz está preso ao mínimo e ao máximo previstos (Súmula 231, do STJ).
  - 5) Nas causas de aumento, o quantum de aumento ou diminuição está previsto em lei, em patamar fixo ou variável.
  - 6) Nas agravantes e atenuantes o quantum fica a critério do juiz.
  - 7) Causas de aumento e qualificadoras. Diferenças:
    - a) Causa de aumento, na terceira fase.
    - b) Qualificadora é ponto de partida para o cálculo.
  - 8) Pluralidade de causas de aumento e diminuição (art. 68, parágrafo único, do CP). Nesses casos, o juiz aplica as duas causas ou aplica somente a que mais aumente ou a que mais diminua, se diversas. Se houver causas de aumento ou diminuição na parte especial e na parte geral, o juiz aplica as duas. Se as duas causas estiverem na parte geral, o juiz aplicará as duas (1ª corrente: entre causas de aumento e diminuição, o juiz primeiro diminui, depois aumenta [art. 68, do CP]; 2ª corrente: entre causas de aumento e diminuição, o juiz primeiro aumenta, depois diminui – é o que prevalece, por ser mais favorável ao réu).
- Fixação do regime inicial (art. 33, do CP) – o juiz deve observar:
    - a) Tipo de pena (reclusão ou detenção).
    - b) Quantum da pena.
    - c) Reincidência.
    - d) Circunstâncias judiciais (art. 59, do CP).
- 1) Crimes punidos com reclusão: admite-se os três regimes. Superior a 8 anos = fechado; superior a 4 e não superior a 8 anos = semi-aberto, desde que o condenado seja não-reincidente; não superior a 4 anos = aberto, desde que não-reincidente (nesse caso, aplica-se o fechado). Súmula 269, do STJ: admite-se aplicar ao reincidente com pena menor de 4 anos o regime semi-aberto, caso tenha circunstâncias judiciais favoráveis.
  - 2) Crimes punidos com detenção: regimes iniciais no semi-aberto e no aberto. Pode ir para o fechado, se houver regressão. Pena superior a 4 anos = semi-aberto; inferior a 4 anos = pode ser o aberto, desde que não reinci-

dente (vai para o semi-aberto). A Súmula 718, do STF, diz que a opinião do julgador sobre a gravidade do crime, em abstrato, não pode ensejar a aplicação do regime mais severo. A Súmula 719 do STF diz que para aumentar a pena, a opinião do julgador deve ser feita em concreto. Caso em que o crime é punido com detenção, mas se inicia no regime fechado: art. 10, da Lei 9.034 (organização criminosa); a doutrina considera tal dispositivo inconstitucional, pois não considera o princípio da individualização da pena. Crime punido com reclusão, mas que se inicia no regime semi-aberto: art. 1º, § 5º, da Lei 9613 (crime de lavagem de dinheiro). A contravenção penal não pode ser cumprida em regime fechado, nem por meio de regressão.

3) Crime hediondo ou equiparado: não admite progressão. Cumprida a pena em regime integralmente fechado. A Lei 9455 (tortura) aplicou o regime inicial fechado, admitindo a progressão. O STF entende que não se estende a progressão a crimes que não seja de tortura e que seja hediondo – Súmula n. 698 (vide as novas mudanças ocorridas na Lei dos Crimes Hediondos, em abril de 2007). Recentemente, o STF decidiu, por 6 votos a 5, no controle difuso, a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos, com efeitos *ex nunc*. Mesmo no controle difuso, havendo decisão do Pleno, o efeito é *erga omnes* (Didier, Luiz Flávio, Gilmar Mendes). Se julgado por turmas, no controle difuso o efeito é *inter partes*.

- Substituição da pena ou *sursis* (art. 44, do CP):

1) Penas restritivas de direito: é a sanção imposta em substituição à pena privativa de liberdade, consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. Espécie de pena alternativa (é diferente de alternativa à pena): pena alternativa (condenação, pena privativa de liberdade, substituição); alternativa à pena (medida despenalizadora, evita a condenação, como no caso da transação penal e da substituição condicional do processo – Juizados Especiais). Características das penas restritivas de direito – art. 44, do CP:

a) Autonomia: não acessórias, uma vez que substituem a privativa de liberdade.

b) Substitutividade: a restritiva de direitos substituirá a privativa de liberdade, perdurando o mesmo tempo (art. 55, do CP) – somente as restritivas de direito de caráter pessoal (Exceção: art. 46, § 4º, do CP).

c) Requisitos para a substituição - art. 44, I, II e III, do CP (cumulativos):

c.1) Crime doloso: pena imposta não superior a 4 anos e cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

c.2) Crime culposos: é possível a substituição sempre, não importando a pena ou espécie do delito.

c.3) Condenado não reincidente em crime doloso.

c.4) Circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59, do CP).

d) Cabe pena restritiva de direito para tráfico? Antes da Lei 11.343/06, havia duas correntes: a primeira dizia que não era cabível, pois o tráfico é equiparado a hediondo, sofrendo a pena regime integral, já que o condenado por tráfico não apresenta circunstâncias favoráveis à substituição; a segunda corrente dizia ser cabível a pena restritiva para tráfico, pois o regime integral fechado é inconstitucional. Não há vedação expressa, não admitindo proibições implícitas (a maioria concorda com a primeira corrente, embora o STF apóie a segunda).

e) Depois da Lei 11.343/06, o art. 44, da nova Lei de Drogas veda, expressamente, a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos. Aos crimes de drogas cometidos antes da lei, será permitida a substituição.

f) Cabe pena restritiva de direitos para lesão corporal leve, constrangimento ilegal e ameaça? Se não for caso de violência doméstica, cabe, mediante interpretação sistemática com o art. 62, da Lei 9.099/95. Sendo caso de violência doméstica contra mulher, não cabe restritiva de direitos (a lei 11.340/06 não permite a aplicação da Lei 9099, no seu art. 41).

g) Se o condenado for reincidente em crime doloso, mesmo assim o juiz pode aplicar a substituição, quando a medida seja socialmente recomendável (desde que suficiente para atingir as finalidades da pena) e a reincidência não se tenha operado em razão do mesmo crime (o não reincidente específico – mesmo tipo penal) – art. 44, § 3º, do CP.

h) Sendo a restritiva suficiente, não se aplica a privativa de liberdade.

- Diretriz para a substituição – art. 44, § 2º, do CP:

- a) Pena igual ou inferior a 1 ano: multa ou restritiva de direitos.

- b) Pena superior a 1 ano: restritiva + multa *ou* duas restritivas.

- Conversão da restritiva de direitos em privativa de liberdade - § 4º e 5º do art. 44, do Código Penal:

- a) Descumprimento injustificado: antes da Lei 9714/98, o juiz substituíria sem observar o mesmo tempo de cumprimento e, no caso de conversão, não se admitia a detração. Depois da Lei 9714, a restritiva passou a ter a mesma duração da privativa. No caso de descumprimento injustificado, haverá a substituição, admitindo a detração. A doutrina minoritária diz que o saldo mínimo de 30 dias para a detração (art. 44, § 4º) é inconstitucional, tendo em vista o *bis in idem*.
- b) Condenação posterior – art. 44, § 5º - aplicação pelo juiz das execuções penais.

\* Natureza jurídica das penas restritivas de direito: direito subjetivo do condenado (preenchidos os requisitos, o juiz é obrigado a fazer a substituição).

## 2) Espécies de penas alternativas:

- a) Prestação de serviços à comunidade (pessoal).
  - b) Limitação de fim de semana (pessoal).
  - c) Interdição temporária de direitos (pessoal).
  - d) Prestação pecuniária (real, patrimonial – Lei 9714/98).
  - e) Perda de bens e valores (real, patrimonial – Lei 9714/98).
  - f) A Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), em seu artigo 28, trouxe, para o usuário, mais duas penas alternativas.
- Diferenças entre prestação pecuniária (art. 45, § 1º, do CP) e multa:
    - a) Prestação pecuniária: se destina à vítima, seus dependentes ou a entidades.
    - b) Multa: destina-se ao Estado.
    - c) Prestação pecuniária: varia de 1 a 360 salários mínimos.
    - d) Multa: varia de 10 (dez) dias-multa à 360 dias-multa.
    - e) Prestação pecuniária: pode ser abatida de eventual reparação de danos.
    - f) Multa: jamais será abatida.

## **Pena de multa**

É principal e pode ser também espécie de pena alternativa (Zaffaroni acha a pena de multa hipócrita e inócua, já que pode ser paga por outra pessoa, que não o condenado). Fases da pena de multa:

1ª Fase: antes da Lei 9268/96 – substituía a privativa de liberdade para pena não superior a 6 meses. A conversão em privativa de liberdade era possível, se não cumprida.

2ª Fase: depois da Lei 9268/96 – substituía a pena privativa de liberdade não superior a 6 meses, mas o seu descumprimento não acarretava conversão, sendo necessária a execução.

3ª Fase: pós Lei 9714/98 – a multa substitui a pena privativa de liberdade não superior a 1 (um) ano, vedada a conversão.

- Fixação da pena de multa:
  - a) Primeiro momento: o juiz fixa a quantidade de dias-multa.
  - b) Segundo momento: encontra o valor do dia multa (de 1/30 do salário mínimo a 5 vezes o salário mínimo). No encontro dos dias-multa, o juiz deve analisar as circunstâncias judiciais e demais fases do art. 68, do CP (trifásico). No valor, analisa-se a capacidade financeira do condenado. Na Lei de Drogas, na fixação da multa o juiz somente observa as circunstâncias judiciais – art. 42, da Lei 11.343/06 (critério monofásico).
- A pena de multa é atualizada desde a data do fato, segundo o STF. Mas quem a executa? Há três correntes:
  - a) Primeira: a pena de multa mantém caráter penal – quem executa é o MP, na vara das execuções criminais, segundo o rito da Lei de Execução Fiscal (em concurso do MP, adotar essa corrente).
  - b) Segunda: a pena de multa mantém caráter penal, porém o legitimado não é o MP, mas a Procuradoria da Fazenda, na vara da Fazenda Pública, segundo o rito da Lei de Execução Fiscal (posição do STJ).
  - c) Terceira: multa tem caráter extra-penal (pode ser paga pelos sucessores; passa do condenado, sendo paga por outra pessoa, desrespeitando o princípio da personalidade da pena).

Observações a respeito da pena de multa:

- Pena privativa de liberdade + multa: pode o juiz transformar a privativa em multa e somar as duas? Se o crime estiver previsto no CP, é possível; se o

crime estiver previsto em lei especial, não é possível a substituição da privativa por multa (Súmula 171, do STJ) – fere o art. 12, do CP, mas prevalece o entendimento da citada Súmula.

- O crime de violência doméstica contra mulher não permite a substituição da privativa em multa, mas a soma daquela com esta.
- Se sobrevier doença mental, a execução da multa é suspensa.

## **EXTRADIÇÃO**

Entrega de uma pessoa a outro país, a pedido deste. A extradição ativa refere-se a quem faz o pedido; a passiva refere-se ao país solicitado; voluntária, quando o extraditando aceita; compulsória, quando o extraditando não aceita. A competência é do STF para analisar o pedido.

- A reextradição se dá quando um terceiro país solicita o preso ao país que o recebeu.
- Não há possibilidade de extradição de brasileiro, salvo se naturalizado, por crime cometido antes da naturalização ou por envolvimento em tráfico de drogas, a qualquer tempo.
- A extradição de estrangeiro é a regra, salvo se o crime for político ou de opinião (abuso da liberdade de expressão).
- Extraditando com filho brasileiro: não é condição impeditiva de extradição.
- Princípios que regem a extradição:
  - a) Legalidade.
  - b) Tipicidade recíproca.
  - c) Da não extradição para cumprimento de pena de morte, perpétua ou corporal (o STF concede sob a condição de que seja a pena convertida).
- ENTREGA: prevista no Tratado de Roma – TPI – pode ser até de nacional. É relação entre o Brasil e um tribunal supranacional. O nacional é entregue a um tribunal e não a um país.

## **PRERROGATIVAS FUNCIONAIS OU PROFISSIONAIS**

- Privilégio é relativo à pessoa, é pessoal; funcional é relativo à função, é uma prerrogativa.

1) **IMUNIDADE DIPLOMÁTICA:** prerrogativa funcional de responder no seu país de origem pelo delito praticado no Brasil. Se o fato lá fora não é típico, não responderá por nada (intraterritorialidade). Quem usufrui de tal imunidade são os chefes de governo, chefes de Estado, suas famílias, suas comitivas, embaixadores e suas famílias, funcionários estrangeiros do corpo diplomático e suas famílias, funcionários de organizações internacionais (ONU, OEA, etc.), cônsules (dependendo do Tratado). Os cônsules só têm imunidade nos crimes funcionais; não há renúncia da imunidade diplomática; sua natureza jurídica é “causa impeditiva da punibilidade”, afasta a ameaça de pena, não se aplicando punição no Brasil.

2) **IMUNIDADES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA:**

- a) Processual: é preciso autorização da Câmara (2/3). Licença = condição de procedibilidade. O prazo para julgar o presidente é de 180 dias. Recebida a peça acusatória, o presidente é afastado. Não julgado no prazo, volta ao cargo. Não pode ser processado por atos estranhos ao exercício de suas funções. A Constituição não previu a suspensão da prescrição.
- b) Prisional: nenhuma prisão cautelar existe contra o presidente da República. Na prisão em flagrante é possível a captura, mas não pode ser lavrado auto de prisão em flagrante.
- c) Foro especial: nos crimes de responsabilidade, é o Senado; nos comuns, é o STF.

3) **IMUNIDADES DOS GOVERNADORES:**

- a) Não gozam de imunidade material.
- b) Contam com imunidade processual – só podem ser processados com licença da Assembléia Legislativa: condição específica de procedibilidade.
- c) Goza de foro por prerrogativa de função: crimes comuns, STJ; crimes de responsabilidade, Assembléia Legislativa.
- d) Goza de imunidade prisional: só pode ser preso em flagrante, por crime inafiançável.

4) **IMUNIDADES DE PREFEITOS:**

- a) Não tem imunidade processual.
- b) Não tem imunidade material e prisional.

- c) Goza de foro especial por prerrogativa de função: crimes comuns, TJ; crimes eleitorais, TRE; crimes federais, TRF; crimes de responsabilidade, Câmara Legislativa. Sobre desvio de verba, vide Súmulas 208 e 209, do STJ; crime militar federal, STM.
- d) Entre a competência do júri e do TJ para julgar prefeitos, como ambas estão previstas na CF, prevalece o TJ, por ser foro por prerrogativa de função. Exceção: vide Súmula 721, do STJ.
- e) Crime de prefeito cometido juntamente com vereador será julgado pelo TJ, por força da conexão e da continência.

#### 5) IMUNIDADES DO ADVOGADO:

- a) O art. 133, da CF, garante a inviolabilidade do advogado, nos limites da lei.
- b) Não goza de imunidade processual.
- c) Goza de imunidade prisional: não pode ser preso em flagrante por crime afiançável, desde que no exercício da profissão.
- d) Goza de imunidade material (penal): § 2º do art. 7º, do EOAB. O desacato não é mais imune; o advogado responde por esse crime.
- e) Injúria e difamação (art. 142, do CP): na discussão da causa, ofensas contra a parte contrária não são puníveis.
- f) Garantida a retorsão: nesse caso não há crime (HC 19486/STJ). O advogado, respondendo ofensa de juiz, por exemplo, pode fazê-lo sem cometer crime.

#### 6) IMUNIDADES PARLAMENTARES:

- a) Goza de imunidade penal, processual e prisional.
- b) Foro por prerrogativa de função.
- c) Imunidade probatória.
- d) Imunidade testemunhal.
- e) Além da imunidade penal, agora também é ela civil.
- f) Para a imunidade penal, é indispensável o nexo funcional (a ofensa deve estar ligada às funções, dentro ou fora do Congresso) – não é absoluta, proibindo-se abusos. Suplente de

parlamentar ou parlamentar licenciado não goza de imunidade (perdeu o sentido a Súmula 4, do STJ).

- g) A natureza jurídica da imunidade material (penal), pela doutrina antiga, é “causa pessoal de exclusão de pena”. Pela doutrina nova, é “causa excludente da tipicidade” (Zaffaroni – juízo de desaprovação da conduta e tipicidade conglobante). Se há uma norma que permite uma conduta, outra norma não pode proibir.
- h) Legítima defesa: não cabe contra ofensa de um parlamentar (mas prevalece o direito de retorsão).
- i) Co-autor ou partícipe da ofensa parlamentar: se o fato é atípico para o principal, o é para todos.
- j) Imunidade processual: não é mais necessária a licença para processar parlamentar. Há a possibilidade de sustar o andamento do processo, desde que o crime tenha ocorrido *após* a diplomação. Sustada a ação, suspende a prescrição.
- k) Imunidade prisional: desde a expedição do diploma, o parlamentar só pode ser preso em flagrante, por crime inafiançável (a autoridade policial é quem lavra o flagrante, depois envia à Casa respectiva).
- l) Foro especial por prerrogativa de função: crimes comuns e eleitorais, STF; crime cometido antes de ser eleito, a partir da diplomação o processo vai ao STF, sem sustação, pois o crime foi cometido antes. Se terminar o mandato sem o julgamento definitivo, o processo volta para a 1ª Instância; cessa a função, cessa o foro (O STF julgou inconstitucional a Lei 10.628 – ADI 2797). Crime cometido após as funções, não tem foro por prerrogativa; em tais crimes é possível a transação penal.
- m) Imunidade probatória: o parlamentar não é obrigado a testemunhar sobre informação que teve conhecimento no exercício da função.
- n) Prerrogativa testemunhal: escolhe dia, hora e local para ser ouvido, ajustado com o magistrado; a imunidade é irrenunciável.
- o) Os parlamentares estaduais e distritais têm as mesmas imunidades dos federais, com a diferença do órgão competente para julgar.

## 7) VEREADORES:

- a) Não possuem imunidade processual; não gozam de imunidade prisional; não possuem foro por prerrogativa de função previsto na CF (é possível constar na CE, como no caso do Piauí e do Rio de Janeiro); gozam de imunidade material (penal), sendo causa de exclusão da tipicidade.
- b) Limites constitucionais específicos do vereador: nexos funcional (a ofensa tem de estar coligada com a função de vereança); interesse público municipal; nos limites da circunscrição do município; não possui imunidade absoluta, não podendo abusar.

#### **PRAZOS – art. 10, do CP.**

- Há prazos penais e processuais penais – no segundo, não se conta o dia do início e computa-se o final. No prazo penal, computa-se o dia do início, independentemente da hora que começou. Todos os prazos penais terminam à meia-noite.
- Regras: prazo de um mês – vence às 24 horas do dia anterior que se iniciou, no mês seguinte; prazo de um ano – mesma regra do mês, ou seja, dia anterior ao início, no ano seguinte; frações de um dia-multa e de horas devem ser desprezadas (art. 11, do CP).

#### **TEORIA DO DELITO**

- CAUSALISMO: Von Litz e Beling – final do século XIX até 1900. O crime era dividido em duas partes: objetiva (tipicidade, antijuridicidade) e subjetiva (crime típico, antijurídico e culpável).
- NEOKANTISMO: primeiro terço do século XX (1900 a 1933) – Mezger. Essa corrente recupera a teoria dos valores, de Kant. Tudo no Direito é valorado. Crime é um fato típico, antijurídico e culpável. A tipicidade não é neutra, mas valorativa (o tipo penal retrata uma conduta valorada negativamente pelo legislador); a antijuridicidade não é só formal, mas material (danosa do ponto de vista social); na culpabilidade adota-se a teoria psicológico-normativa, introduzindo um outro requisito: exigibilidade de conduta diversa (Frank, 1907).
- FINALISMO: Hans Welzel (pronúncia: *véltssel*) – pós-segunda guerra, até 1960. O dolo está na tipicidade, assim como a culpa. O homem possui autodeterminação, por isso é culpável, pois atua livremente. Crime é fato típico, antijurídico e culpável. O fato típico é objetivo e subjetivo. Objetivo diz respeito à conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica. Subjetivo diz respeito ao dolo. Culpabilidade é mero juízo de valor, de reprovação. Não possui requisito subjetivo. Os elementos da culpabilidade

são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (Teoria Normativa Pura da Culpabilidade).

- FINALISMO DISSIDENTE BRASILEIRO: a culpabilidade não faz parte do crime, sendo pressuposto da pena. O crime é fato típico e antijurídico. Acertou ao retirar a culpabilidade do conceito de crime. Mas há duas críticas: a) enfoca a tipicidade formalmente, com quatro requisitos: conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica. Ignora a tipicidade material; b) o conceito de crime ignorou a punibilidade (ameaça de pena).
  
- Funcionalismos:
  - a) Moderado, coligado com os fins da política criminal (Roxin) – a política criminal está dentro do Direito Penal. Devem ser estudadas de acordo com os princípios de política criminal, como o da intervenção mínima. Tipicidade deve ser estudada consoante a intervenção mínima. O tipo pune os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes (o Direito Penal é a *ultima ratio*). Para Roxin, crime é tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade. A responsabilidade é composta de culpabilidade e necessidade concreta da pena (não prosperou essa teoria da responsabilidade).
  
  - b) Sistêmico, de Jakobs (pronuncia-se *Iácobes*) – crime é a frustração das expectativas normativas. Pena é a confirmação da vigência da norma. Doutrina considerada perigosa, nazista.
  
  - c) Funcionalismo de Hassemer (pronuncia-se *Rássemer*) – o Direito Penal é um direito formalizado, dotado de múltiplas garantias. Crime é uma conduta desviada e a pena é uma reação social formal, que só pode incidir depois de observadas várias garantias. O Direito Penal existe para cumprir funções garantistas.
  
  - d) Reducionista ou contencionista, de Zaffaroni. – o Estado de direito existe para conter o Estado de polícia. A função do Direito Penal é reduzir a violência do Estado de polícia; conter o poder punitivo do Estado; torná-lo mais racional. Crime é fato típico, antijurídico e culpável. O fato típico, para Zaffaroni, possui duas partes: tipicidade formal e conglobante. Esta diz que se existe uma norma no ordenamento jurídico que permite a conduta, o que está permitido não pode estar proibido por outra norma.
  
- Tipicidade, para Roxin: antes dele, era objetiva e subjetiva. A partir dele, a tipicidade passa a ser objetiva, normativa e subjetiva. Desenvolveu a teoria da imputação objetiva: criação ou incremento do risco proibido e imputação objetiva do resultado.

- Teoria constitucionalista do delito: o crime tem dois requisitos: formal e materialmente típico e antijuridicidade. A culpabilidade está fora do conceito de crime. Mas o crime sem ameaça de pena não tem efetividade. Só é fato punível quando ameaçado com pena (punibilidade). Ex. crimes previdenciários na antiga lei não colocou pena para alguns crimes (mera recomendação moral). Quatro categorias formais: tipicidade, antijuridicidade, punibilidade e culpabilidade + norma e sanção.
- TIPICIDADE PENAL:
  - a) Tipo é a descrição abstrata de um crime contida numa lei penal. O conceito de tipo legal está intimamente ligado ao princípio da legalidade. Não se deve confundir tipo legal com tipo penal. Este é mais amplo que aquele. O tipo legal é composto de conduta, verbo, resultado naturalístico, condições de tempo, lugar, alguns descrevem a vítima, etc.; é o que se lê, o que está escrito na lei. Já o tipo penal é composto de tipo legal mais bem jurídico, imputação objetiva, dolo, etc.
  - b) Relação de tipicidade é a adequação do fato ao tipo legal ou ao tipo penal.
  - c) Juízo de tipicidade: verifica-se se o fato é adequado ao tipo. Se adequado, é típico. Se não adequado, é atípico. Não cabe analogia contra o réu. Ou o fato é típico ou não é.
- Formas de adequação típica:
  - a) De subordinação direta ou imediata: ocorre quando necessitamos de um só tipo legal para o enquadramento do fato. Ex. art. 121, *caput* – homicídio.
  - b) De subordinação indireta ou mediata: necessita-se de dois ou mais dispositivos legais para a adequação típica do fato. Ex. art. 121 c/c 14, II, do CP – homicídio tentado. É a chamada “norma de extensão da tipicidade”.
- Evolução da teoria da tipicidade penal:
  - a) Causalismo: enfocava o tipo penal como objetivo e neutro. Composto de quatro requisitos: conduta, resultado naturalístico (crimes materiais), nexos de causalidade e adequação típica.
  - b) Neokantismo: o tipo, além dos quatro requisitos acima, é valorativo, normativo e objetivo.
  - c) Finalismo: o tipo é objetivo e subjetivo. Parte objetiva tem os quatro requisitos acima. Do ponto de vista subjetivo, o tipo contém dolo e culpa. Subjetivo, em Direito Penal, é tudo que se encontra na cabeça do réu. Normativo é tudo que depende do juízo de valor do juiz (a culpa seria normativa, pois depen-

de da valoração do juiz, para se saber se a conduta do réu é, ou não, culposa).

- d) Finalismo de Roxin: o tipo tem três partes: objetiva, normativa e subjetiva. Parte objetiva, os mesmos quatro requisitos; parte subjetiva é o dolo e outros requisitos subjetivos especiais. Imputação objetiva: fórmula CIRPR (Criação ou Incremento de Riscos Proibidos e Relevantes) – o resultado deriva do risco criado.
  - e) Crítica de Frisch: a CIRPR não faz parte da imputação objetiva; é juízo de desaprovação da conduta.
  - f) Zaffaroni e LFG: insere-se na tipicidade, além do juízo da desaprovação e da imputação objetiva, o resultado jurídico desvalioso – não há crime sem resultado jurídico.
- Relação entre tipicidade e antijuridicidade:
    - a) Beling: o tipo é neutro, logo a tipicidade não se confunde com a antijuridicidade (1906).
    - b) Mayer: a tipicidade é indício da antijuridicidade (1915). Se o fato é típico, é antijurídico, salvo se presente uma justificante (tipicidade *ratio cognoscendi*).
    - c) Neokantismo: a tipicidade não tem autonomia, faz parte da antijuridicidade (tipicidade *ratio essendi*).
    - d) Teoria dos elementos negativos do tipo: a antijuridicidade não tem autonomia, faz parte da tipicidade. As justificantes integram o tipo legal como requisitos negativos.
    - e) Finalismo de Welzel: o fato típico é indício da antijuridicidade (volta a Mayer).
    - f) Teoria constitucionalista do delito: a tipicidade é expressão provisória da antijuridicidade. Se é típico é antijurídico, salvo se presente uma justificante.
  - Tipos penais. Funções básicas:
    - a) Fundamenta o injusto penal (crime).
    - b) Delimita o injusto (crime).
    - c) Cumpre uma função de garantia
    - d) É expressão provisória da antijuridicidade.
  - Modalidades ou espécies de tipo:

- a) Tipo incriminador – descreve uma conduta delitativa. Podem ser proibitivas ou mandamentais (exs. arts. 121 e 135, do CP).
  - b) Tipo não incriminador – outras normas penais que não descrevem crime, mas cuidam do *ius puniendi* estatal. Hoje, em Direito Penal, distingue-se outras normas: explicativas (art. 1º, do CP); permissivas (art. 128, II, do CP); justificantes (arts. 24 e 25, do CP); exculpantes; normas de impunibilidade (art. 181, do CP).
- Classificação dos tipos penais:
    - a) Fundamental ou básico: descreve os requisitos essenciais do crime, ou seja, suas elementares (art. 121, *caput*, do CP).
    - b) Derivado: tem conexão direta com o fundamental, mas descreve uma diferente ofensa ao bem jurídico: agravada ou atenuada (art. 121, §§ 1º e 2º, do CP).
    - c) Autônomo: é o que tem relação lógica com o fundamental, mas descreve um crime totalmente independente, autônomo (art. 123, do CP).
    - d) Fechado: não exige qualquer juízo de valor (art. 121, do CP).
    - e) Aberto: exige juízo de valor (por exemplo, crime culposos).
    - f) Normal: não contém requisito subjetivo ou normativo (art. 121, *caput*, do CP).
    - g) Anormal: contém requisito normativo ou subjetivo (art. 155, *caput*, do CP).
    - h) Simples: descreve uma só conduta (art. 121, do CP) – *uninuclear*.
    - i) Composto: descreve várias condutas – *plurinuclear* ou de conteúdo múltiplo ou variado (art. 33, da Lei de Drogas).
    - j) Complexo (criação de Welzel): o tipo tem duas partes, uma objetiva e outra subjetiva.
    - k) Proibitivos: proíbem uma conduta (art. 121, do CP).
    - l) Congruente ou congruente simétrico: tipo penal doloso, que não exige além do dolo nenhuma intenção especial do agente.
    - m) Incongruente ou incongruente assimétrico: tipo penal doloso que, além do dolo, exige requisito subjetivo especial (art. 155, “para si ou para outrem”; crimes contra a honra; crimes sexuais).

- Requisitos estruturais do tipo penal:
  - a) Objetivos ou subjetivos. Estes estão na cabeça do réu (dolo + intenções especiais). Aqueles são descritivos ou normativos. Os primeiros exigem simples verificação sensorial (podem ser percebidos pelos sentidos: no art. 121, “alguém” é o ser humano). Os normativos são requisitos que exigem valoração do juiz, divididos em três grupos: normativos jurídicos (art. 178, do CP); normativos culturais (art. 233, do CP – ato obsceno); normativos da ilicitude contida no tipo (art. 151, do CP – “de-vassar, indevidamente” – termo desnecessário; mesmo sem ele, entender-se-ia ser proibido o comando normativo; o requisito da ilicitude, no exemplo, está dentro da tipicidade).
  
- Novidade de Roxin:
  - a) CIRPR – Criação ou Incremento do Risco Proibido e Relevante.
  - b) Imputação objetiva do resultado.
  
- Dimensões do tipo, hoje:
  - a) Objetiva ou formais (conduta, resultado, nexa causal e adequação típica).
  - b) Material (desvalorização da ação, resultado jurídico, imputação objetiva).
  - c) Subjetiva (dolo).
  
- Requisitos da tipicidade:
  - a) Conduta: pertence ao fato típico.
  - b) Teoria causalista: conduta é mero movimento corpóreo, que gera um resultado.
  - c) Finalismo de Welzel: conduta é uma atividade finalista, dolosa ou culposa.
  - d) Teoria social da ação: conduta é a que gera um resultado socialmente relevante.
  - e) Teoria negativa: não evitação de um resultado socialmente danoso.
  - f) Teoria pessoal da ação: manifestação da personalidade do autor.
  - g) **Hoje, conduta é a realização de um fazer ou não fazer típico, dominável ou dominado pela vontade.**

- Características da conduta:
  - a) Pertence ao fato típico.
  - b) Não há crime sem conduta.
  - c) Conduta relevante é a humana.
  - d) Deve ser voluntária.
- Ausência de conduta: se dá quando o ato é involuntário (ex. coação física irresistível). Os atos naturais também não geram condutas (ex. tempestades, furacões, etc.). A voluntariedade é essencial na conduta humana, chamada “conduta cibernética” (conduta voluntária).
- Dolo e culpa pertencem à conduta, mas não são valorados no âmbito da tipicidade formal (objetiva).
- Formas de exteriorização da conduta: omissiva ou comissiva. Ou por dolo ou por culpa.
- Pressupostos da conduta: alguns crimes exigem um pressuposto lógico típico (ex. aborto – necessita-se de gravidez).
- Sujeitos da conduta:
  - a) Ativo: somente o homem. Emanada da descrição típica legal. Autor do crime vincula-se ao caso concreto, não se confundindo com sujeito ativo. A qualidade especial do sujeito ativo gera o crime próprio. O crime de mão própria exige atuação pessoal do agente (ex. falso testemunho), jamais admitindo autoria mediata. Pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, pois não pratica conduta. Pode ser *responsabilizada* penalmente (ex. crimes ambientais). O crime deve ser imputado à pessoa física e jurídica – dupla imputação; a responsabilidade da pessoa jurídica se dá por *ricochete*, de forma indireta (por tabela).
  - b) Passivo: quem sofre a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico. Vítima é conceito de caso concreto, não se confundindo com sujeito passivo (conceito em tese). Sujeito prejudicado é quem sofre consequências de crime sem ser vítima (ex. filhos do morto; viúva, etc.). Podem ser sujeito passivo a pessoa jurídica, o homem, a coletividade (crime ambiental), o Estado.
- Crime vago: é aquele cometido contra personalidade indefinida.
- Crime oco: é o crime impossível – meio absolutamente ineficaz ou não há bem jurídico.
- Crime massa: sujeitos passivos são pessoas indeterminadas (ex. crime ambiental). Animal não pode ser sujeito passivo, pois não é titular de direito. Maus

tratos aos animais tem como sujeito passivo a coletividade. Homem morto também não pode ser sujeito passivo (não é sujeito de direito – ofensa contra os mortos; sujeito passivo é a família). Ninguém pode ser sujeito ativo e passivo da própria conduta.

- Instrumento do crime: meio utilizado para atingir o objeto material, que é o ente físico contemplado no tipo sobre o qual recai a conduta do agente (ex. furto = coisa; homicídio = corpo físico). O crime de falso testemunho, por exemplo, não tem objeto material. Já o latrocínio tem dois objetos materiais: o corpo e o dinheiro da vítima.
- Objeto jurídico: bem jurídico protegido (ex. homicídio = vida; furto = patrimônio).

### **Resultado naturalístico**

- Só exigível no grupo dos crimes materiais. Não exigem resultado os crimes formais e de mera conduta. O resultado naturalístico é o efeito decorrente da conduta (ex. morte, no homicídio). Existe também o resultado jurídico.
- Há crime sem resultado? Sim, mas sem o resultado naturalístico. De outro lado, jamais existe crime sem resultado jurídico.

### **Nexo de causalidade**

- Relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.
- Crimes omissivos: não se fala em nexo de causalidade, nem nos próprios ou nos impróprios. Só nos comissivos, de resultado (ex. homicídio).
- O Código adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais (teoria da *conditio sine qua non*) – art. 13, do CP. Tudo que concorre para o resultado é causa do resultado. Procedimento hipotético de eliminação de Thirén. É preciso impor limites ao art. 13, do CP, sob pena de a cadeia causal não ter fim; são os regressos *ad infinitum*.
- Ao lado de uma causa principal, podem surgir causas paralelas, ou concausas. São absolutamente ou relativamente independentes da conduta principal do agente. Ex. A dispara contra B para matar e lhe acerta o braço (causa principal); vem um terremoto e mata B; A responde por tentativa de homicídio, pois não existe nexo entre o tiro e a morte de B (causa superveniente absolutamente independente).
- Exemplo de causa relativamente independente:

- a) Preexistente: hemofílico que recebe tiro no braço de raspão. O tiro não o mataria, mas em razão da doença, ele vem a morrer. Quem deu o tiro responde por homicídio (CP e velha doutrina).
- b) Concomitante: vítima sofre infarto no momento em que recebe o tiro de raspão. A morte é a soma de ambos. O réu responde por homicídio consumado.
- c) Superveniente: a vítima recebe o tiro e é transportada por ambulância que se acidenta e a mata. O réu responde por tentativa (o acidente não está na linha de desdobramento normal da conduta: ninguém que leva um tiro morre de acidente de ambulância; se a vítima tivesse morrido de uma infecção causada pelo ferimento, por exemplo, o desdobramento da conduta estaria na linha normal do acontecimento, pois é previsível que alguém venha a morrer de infecção, causada, no caso, pelo tiro levado – nesse caso, a vítima responderia por homicídio consumado).

### Adequação típica

- Subsunção do fato à letra da lei. Não cabe analogia contra o réu. Infecção hospitalar, réu não responde; infecção do ferimento, réu responde; cirurgia malfeita, réu não responde; não resiste à cirurgia, réu responde; incêndio no hospital, réu não responde.

### Desvalor da ação

- Só responde se a conduta criou ou incrementou um risco proibido relevante (critério de Roxin). Tem como origem os crimes culposos. Regras básicas:
  - a) O sujeito só responde penalmente quando cria ou incrementa um risco proibido relevante.
  - b) Não há desvalorização da conduta quando o risco criado é permitido, tolerado, aceito ou juridicamente não desaprovado.

#### Riscos permitidos:

- 1) Situação de risco normal: (ex. quem vende o veículo não responde pelo acidente; quem vende arma de fogo, etc.). Nesses casos, o fato é atípico. Outros exemplos: lesões esportivas; o pão feito pelo padeiro utilizado para matar alguém por enve-

nenamento; colocação de ofendículos (vidro no muro, cerca elétrica, cachorro, etc.).

- 2) Princípio da confiança: quem atua seguindo as regras daquela atividade pode confiar que os outros seguirão as mesmas regras (ex. o sujeito confia que o outro não vai invadir o sinal vermelho). Não é um princípio absoluto, não sendo válido quando há um motivo concreto que o elimina (ex. criança que vem atrás da bola; quando o bem jurídico é disponível e a vítima dá o consentimento válido – como no caso do patrimônio; não há riscos proibidos nos exemplos da teoria conglobante, de Zaffaroni (o que uma norma permite outra não pode proibir); quando o risco proibido é insignificante não há desvalorização da conduta; quando a conduta é tolerada pela sociedade (ex. manutenção de motel); quando o sujeito atua para diminuir risco de maior dano; também não há desaprovação da conduta quando o fato está fora do domínio do agente (ex. o sobrinho quer matar o tio e programa um passeio no bosque, onde é grande a incidência de raios – se o tio vier a morrer por conta dos raios, o sobrinho não responde pela morte, mesmo a tendo querido); na ação da vítima a próprio risco, quando ela pratica a conduta perigosa (ex. overdose); quem colabora com a conduta da vítima não responde, pois a conduta é da vítima.
- 3) Salvamento de terceira pessoa: A joga B na piscina para matá-lo. Um terceiro, que não sabe nadar, pula na piscina pra salvar B e morre. A não responde por essa morte, pois foi o terceiro que se colocou em risco; a vítima aceita o risco (faz sexo com vítima aidética) sabendo disso, sem tomar os cuidados necessários. Roxin diz que ninguém pode dispor da vida, por isso nesse caso o réu responderia pelo crime (veja-se o caso do canibal alemão). *Tudo isso exclui a tipicidade, não a antijuridicidade.*
- 4) Juízo de desaprovação do resultado: não há crime sem resultado jurídico (há crime sem resultado naturalístico). O resultado precisa ser desvalioso:
  - a) CONCRETO REAL: o perigo abstrato é incompatível com o novo Direito Penal com o princípio da ofensividade. A jurisprudência continua admitindo perigo abstrato (ex. posse de drogas, posse de arma de fogo). A atual tendência do STF é não admitir perigo abstrato (HC 81057 – cuida da arma desmuniada).
  - b) OFENSA TRANSCENDENTAL: significa ofensa a bem jurídicos de terceiros. Auto-lesão e tentativa de suicídio, por exemplo, não são crimes. É conhecido como *princípio da alteralidade*.

- c) GRAVE OU SIGNIFICATIVO: quando se trata de resultado insignificante, adota-se o *princípio da insignificância* ou da *bagatela* (HC 84412/STF).
- d) INTOLERÁVEL: se a comunidade, em geral, aceita o resultado, não há tipicidade, desde que não haja ofensa aos princípios constitucionais (ex. mãe que fura orelha da filha; maus tratos de animais em rodeio; pequenas lesões corporais nas relações sexuais).

5) Juízo da imputação objetiva do resultado: (Roxin):

- a) Não há imputação objetiva quando o resultado não tem direta conexão com o risco proibido criado (ex. criança seqüestrada; mãe morre de infarto).
- b) Não há imputação objetiva quando há condições pessoais da vítima, ignorada pelo agente (ex. vítima hemofílica).
- c) Não há imputação objetiva quando o resultado está fora do âmbito de proteção da norma (ex. caso clássico dos ciclistas alemães).

### **Dimensão subjetiva – 3ª dimensão da tipicidade**

- 1) Princípio da responsabilidade penal subjetiva: o agente só responde quando atua com dolo ou culpa. O dolo (art. 18, I, do CP) ocorre quando o sujeito quer ou assume o risco de produzir o resultado. Pela doutrina, dolo é a consciência e vontade de realizar os requisitos objetivos do tipo, que conduzem à produção de um resultado desejado ou assumido pelo agente. Significa saber e querer. Requisitos:
  - a) Intelectual ou cognitivo: ter consciência dos requisitos objetivos do tipo (saber o que faz).
  - b) Volitivo: querer praticar a conduta e gerar o resultado. O dolo é sempre típico.
- 2) Consciência da ilicitude: não faz parte do dolo, mas da culpabilidade.
- 3) Posição sistemática do dolo: hoje faz parte da tipicidade ou fato típico (Welzel). Antes estava dentro da culpabilidade. O erro sobre o dolo chama-se *erro de tipo*.
- 4) Dolo e conduta: pertence a conduta, mas não é valorado dentro dela. O dolo é contemporâneo da conduta, presente em seu momento, logo o dolo subsequente ou posterior não tem valor para o Direito Penal. Depois da consuma-

ção o dolo do agente é irrelevante. Exceção: dolo antecedente, presente na *actio libera in causa* (o sujeito se embriaga com intenção de matar – esse dolo está fora da conduta, mas vale). Alcance do dolo:

- a) Finalidade principal do agente.
- b) Meios escolhidos para atingir a finalidade.
- c) Efeitos colaterais típicos decorrentes do meio escolhido.

Há três espécies de dolo:

- a) Dolo direto de primeiro grau ou imediato: ocorre em relação ao objetivo principal do agente (mata somente o sujeito desejado).
- b) Dolo direto de segundo grau ou mediato: efeito colateral decorrente do meio escolhido (mata o sujeito principal através de bomba, matando também outras pessoas).
- c) Dolo eventual: quando o agente representa o resultado, assume o risco de produzi-lo e atual com total indiferença em relação a esse resultado. Difere da culpa consciente. Nesta, o sujeito representa o resultado, mas confia que esse resultado não vai acontecer.

### **Teorias do dolo**

- 1) No dolo direto, acolhe-se a teoria da vontade.
- 2) No dolo eventual, adotou-se a teoria da representação + a teoria do assentimento.

### **Classificação do dolo**

- 1) Alternativo: quando o agente quer um ou outro resultado. O agente sempre responde pelo resultado mais grave.
- 2) Genérico: requisito subjetivo exigido em todos os crimes dolosos.
- 3) Específico: intenção especial, exigida por alguns tipos penais (ex. furto: para si ou para outrem) ou elemento subjetivo do injusto.
- 4) Jurídico: *dolus malus* – sustentado pelo causalismo: dolo + consciência da ilicitude; o oposto é o dolo natural, que é o dolo sem a consciência da ilicitude. segundo Mezger, a consciência da ilicitude deve ser compreendida de forma

leiga, de acordo com as valorações paralelas de cada pessoa (valoração paralela na esfera do profano)

- 5) Geral: (ou erro sucessivo) – quando a conduta do sujeito se desenvolve em dois atos.
- 6) De dano: dirigido ao crime de dano.
- 7) De perigo: dirigido a um crime de perigo (art. 132, do CP).
- 8) Antecedente: presente na *actio libera in causa*.
- 9) Subseqüente ou posterior: não é válido em Direito Penal.
- 10) Superveniente: quando o delito já se iniciou, mas ainda não se consumou completamente. Presente na co-autoria sucessiva (ex. participação de um terceiro em delito já em andamento).
- 11) Premeditado: calculado, preordenado.
- 12) Ímpeto: repentino, impulsivo.

- Substituição do dolo: ocorre quando o sujeito altera o delito desejado (ex. começa batendo e resolve matar, presente na progressão criminosa).
- Abandono do dolo: presente no arrependimento eficaz e desistência voluntária.
- Crimes que exigem uma especial intenção do agente (tipo incongruente ou incongruente assimétrico). Há dois grupos de delito de intenção:
  - a) Intenção especial: ex. art. 155, do CP. Ânimo de se apropriar da coisa (para si ou para outrem), por isso o furto de uso é atípico (falta o ânimo de se apropriar).
  - b) Intenção transcendental: ex. art. 158, do CP (extorsão). O resultado pretendido não é exigido para a consumação (crime formal). São chamados de *crimes de resultado cortado ou antecipado*. Por outro lado, existem os *crimes mutilados de dois atos*, que exigem uma intenção transcendental, porém não dirigida a um resultado, como na extorsão, mas a prática de um novo ato (art. 290, do CP).
- Dolo e motivos do crime: o motivo do crime vem antes, depois o dolo.

## ERRO DE TIPO

- O erro de tipo é o oposto do dolo. O erro de tipo exclui o dolo.
  - 1) ERRO DE TIPO: art. 20, *caput*, do CP - recai sobre os requisitos objetivos do tipo, excluindo o dolo. O sujeito não tem consciência do que faz (ex. mulher de Presidente Prudente que levou drogas sem saber; caçador que mata amigo pensando ser um animal).
  - 2) ERRO DE PROIBIÇÃO: o sujeito sabe o que faz, mas pensa que se trata de uma conduta lícita, mas esta é proibida (ex. holandês que fuma cigarro de maconha no Brasil, pensando ser lícito aqui também). O erro de tipo exclui o dolo e, conseqüentemente, o tipo. O erro de proibição exclui a culpabilidade.
  - 3) ERRO DE SUBSUNÇÃO: recai sobre conceitos jurídicos (ex. *warrant*). Esse erro não aproveita, não beneficia nem isenta de pena. É irrelevante. Antes do finalismo (causalismo e neokantismo) vigorava a teoria unitária do erro: sempre excluía o dolo e, conseqüentemente, a culpabilidade.
  
- Objeto de incidência do erro de tipo
  - a) Sobre uma elementar: exclui o crime.
  - b) Sobre uma qualificadora: exclui a qualificadora.
  - c) Sobre uma causa de aumento: exclui o aumento.
  - d) Sobre uma circunstância agravante: exclui a agravante.
  
- Há duas espécies de erro de tipo:
  - a) Invencível (escusável) – qualquer pessoa cometeria no lugar do agente. Exclui o dolo e a culpa.
  - b) Vencível (inescusável) – o sujeito atua abruptamente, sem cuidado. Exclui o dolo, não a culpa, se o crime é punido na forma culposa.
  
- Erro de tipo que recai sobre requisito da ilicitude, contido no tipo (ex. art. 151, CP) – A ilicitude está contida no tipo. No caso do art. 151, consubstancia-se na expressão *indevidamente*.
  
- Erro accidental: não beneficia o agente. Hipóteses:
  - a) *Error in personae*: o sujeito atua contra a pessoa errada (ex. matar sócia). Para efeito de pena é como se tivesse atingido a pessoa que queria.
  - b) *Error in objecto*: é irrelevante, devendo o réu responder pelo crime. Ex. quer levar um objeto e, por engano, leva outro. Vale o objeto que efetivamente foi levado. Se o objeto for proibido (ex. cocaína) não há crime de furto, pois o Direito Penal não

tutela a posse de cocaína. Se o sujeito tiver consciência de que se trata de drogas, responde pela posse.

- c) *Aberratio ictus*: art. 73, do CP. Duas espécies: por acidente e por erro na execução. Pode-se errar de pessoa para pessoa. No erro na execução, a pessoa que se pretende atingir está no local; no segundo caso, a pessoa pode ou não se encontrar no local. Para efeito de pena, nas duas hipóteses, é como se tivesse atingido a pessoa que se queria. No erro na execução, se houver resultado único, o crime será único; se duplo, será duplo. A Súmula 605/STJ caiu em 1984, pois hoje se admite continuidade em crime de homicídio. No erro contra a pessoa, há uma falta de habilidade na execução do crime, pois a pessoa pretendida não está no local. No erro na execução, a pessoa está no local. No caso de *aberratio ictus* por acidente, a vítima pode estar presente, ou não.
  - d) *Aberratio criminis (ou delicti)*: relação coisa-pessoa. Quando o sujeito quer atingir uma coisa e atinge uma pessoa. Há, também, relação coisa-coisa. Neste caso, há danos dolosos e o réu responde normalmente. Na relação pessoa-coisa, o sujeito quer atingir a pessoa e acerta a coisa, havendo aí tentativa de homicídio.
  - e) *Aberratio causae*: erro sobre o nexos causal. O sujeito quer matar de uma forma e mata de outra. O erro é irrelevante e o réu responde normalmente.
- Delito putativo por erro de tipo: o sujeito não sabe da presença de um requisito típico. Supõe presente um requisito típico que não existe (ex. mulher pensa que está grávida e pratica atos abortivos). O fato é atípico. Também é um exemplo de crime impossível.
  - Erro determinado por terceiro: quem determina o erro responde pelo crime. Determinar é induzir. Ex. médico ministra remédio errado para matar paciente e a enfermeira aplica injeção. Neste caso, o médico responde pelo crime (a enfermeira é autora mediata).
  - Erro de tipo permissivo: § 1º do art. 20, do CP – exclui a culpabilidade, não o dolo. São as discriminantes putativas fáticas.

## CRIME CULPOSO

- Previsto no art. 18, II, do CP. Existe uma atividade descuidada. Ausência de cautela. Negligência (ex. dirigir um carro sem freio); imperícia (falta de habilidade, de aptidão, como no caso do dentista que não sabe fazer o tratamento dentário ou no caso do motorista que não sabe dirigir determinado veículo).

Só se fala em imperícia no âmbito profissional. Mas há uma diferença com o erro profissional. Naquela, o sujeito não tem habilidade; neste, o sujeito tem habilidade, mas atua com negligência. Também há diferença com o exercício irregular da profissão (art. 47, da LCP), em que o sujeito não possui o título, embora seja hábil.

- No dolo há uma ciência e vontade; o sujeito quer e sabe o que quer. No crime culposo, o sujeito não quer o resultado.
- Culpa é forma de conduta. Culpabilidade é juízo de reprovação. A culpa pertence à tipicidade e é requisito normativo do tipo. Exige juízo de valor do juiz.
- Previsibilidade objetiva: fato controlável, evitável, dominável pela prudência normal.
- Previsibilidade subjetiva: o sujeito deve prever o fato.
- Princípio da excepcionalidade do crime culposo: art. 18, parágrafo único. Há tipos que não prevêm a forma culposa (ex. aborto).
- Não há imputação objetiva quando deriva de exposição da vítima a perigo inerente à sua profissão (ex. bombeiro) e também da auto-exposição da vítima a perigo criado pelo agente, mas alertado e advertido previamente.
- Existem culpa grave, gravíssima (temerária), leve e levíssima. É importante na graduação da pena.

Espécies de culpa:

- Culpa inconsciente: o agente não prevê o resultado.
- Culpa consciente: o agente prevê o resultado, mas confia em sua habilidade e que nada vai acontecer (ex. atirador de facas no circo).
- Culpa própria: o sujeito não quer o resultado. Envolve as duas acima.
- Culpa imprópria: por extensão, por assimilação ou equiparação. Quando o sujeito prevê o resultado e quer este resultado, mas atua em erro vencível. É o único crime culposo que admite tentativa (a doutrina erra em chamar de culpa imprópria; na verdade, há dolo).
- Culpa mediata: ocorre quando o sujeito causa um crime culposo que gera outro resultado em seguida. O agente só responde pelo que fez.
- Culpa temerária: ou gravíssima. Importante na graduação da pena.
- Compensação de culpas: não elimina a culpa do réu a culpa da vítima, mas diminui sua responsabilidade (art. 59, do CP). Se a culpa for exclusiva da vítima, o réu não responde. Quem dirige sem habilitação não é culpado presumido, pois não há presunção de culpa em Direito Penal.

- As circunstâncias agravantes do art. 62, do CP, não incidem no crime culposo, salvo a reincidência. Há concurso de pessoas no crime culposo.
- Crime preterdoloso: dolo no antecedente e culpa no subsequente. Ex. lesão corporal seguida de morte. Só responde pelo resultado seguinte se ele era previsível. É possível a tentativa no crime preterdoloso, na parte dolosa (ex. tentativa de aborto com o resultado morte, da mãe) – qualificado.

## CRIME OMISSIVO

- Exige um tipo mandamental, que gera uma norma mandamental (norma que manda agir). Ex. omissões de socorro – art. 135, do CP (norma: preste socorro; ajude!). A omissão é a forma de realização do crime. Os crimes omissivos são predominantemente normativos. Não se fala em nexo de causalidade nos crimes omissivos (embora possa existir, numa análise mental, pois é possível um resultado também nos crimes omissivos – mas é dispensável analisar o nexo de causalidade, nesses casos). Duas espécies:
  - a) Crimes omissivos próprios: (ou puros) – não prevê e não exige resultado. Basta a simples omissão para se consumir o crime (ex. art. 135, do CP). Às vezes, exige-se uma ação, como, por exemplo, no caso do art. 169, II, do CP – é o chamado tipo misto: uma parte ativa e uma omissiva. É, também, um crime a prazo (15 dias para se consumir). A tipicidade possui sete requisitos no crime omissivo próprio: 1) situação de perigo (parte fática); 2) dever jurídico de agir (art. 135, do CP); 3) possibilidade de agir; 4) omissão da conduta esperada; 5) desaprovação da conduta (criação ou incremento de risco proibido – CIRP; 6) resultado jurídico (perigo de morte, por exemplo); 7) imputação objetiva do resultado (o resultado é agravado pelo perigo gerado). O crime omissivo próprio pode ser doloso ou culposo. Ex. de omissivo próprio culposo: art. 381, do CPM (crime de tolerância culposa). O mais comum é o omissivo próprio doloso. O omissivo próprio não admite tentativa, pois não tem resultado. Também não se admite co-autoria, pois a omissão é personalíssima. É possível o induzimento e a instigação.
  - b) Crimes omissivos impróprios ou impuros ou comissivos por omissão: esses crimes possuem resultado naturalístico. Ex. pai que deixa de prestar assistência ao filho. Requisitos da tipicidade: 1) situação de perigo + resultado naturalístico; 2) dever jurídico de agir (§ 2º do art. 13 – garantidor); 3) possibilidade de agir; 4) omissão da conduta esperada; 5) desaprovação da conduta – CIRP; 6) resultado jurídico; 7) imputação objetiva do resultado. É possível a tentativa, sendo doloso o crime

omissivo impróprio. Não há co-autoria. É possível a participação por indução, instigação, etc.

## ANTI JURIDICIDADE E CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTI JURIDICIDADE

- Antijuridicidade é requisito do crime. É a contrariedade do fato com todo o ordenamento jurídico – concepção universal ou unitária da antijuridicidade (sinônimo: ilicitude). A tipicidade é pressuposto da antijuridicidade. Só é antijurídico o que é típico. Sendo o fato atípico, não haverá ilicitude penal. Poderá haver ilícito civil, administrativo, trabalhista, etc. A antijuridicidade integra o injusto penal (fato típico e ilícito).
- Antijuridicidade e antinormatividade: a primeira é a contrariedade do fato com todo o ordenamento; a segunda é a contrariedade do fato com uma única norma do ordenamento jurídico.
- Antinormatividade conglobante (Zaffaroni) – é a contrariedade do fato com todas as normas do ordenamento jurídico, excluídas as normas justificantes. Existindo uma norma que permite, fomenta ou determine uma conduta, não pode haver outra norma proibindo a mesma conduta.
- Normas justificantes e normas permissivas: as primeiras são normas excludentes da antijuridicidade; as segundas excluem a tipicidade; as primeiras exigem do juiz uma ponderação dos bens jurídicos envolvidos; as segundas, não exigem ponderação do juiz. Norma justificante (art. 128, I, do CP); norma permissiva (art. 128, II, do CP).
- Antijuridicidade formal e material: a primeira é a contrariedade do fato com uma norma; a segunda, é a contrariedade do fato com a norma e a consequente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.
- Antijuridicidade genérica e específica: a primeira é um requisito genérico de todo crime; a segunda, quando o tipo expressa referência à antijuridicidade (art. 151, do CP).
- Antijuridicidade objetiva e subjetiva: a primeira diz que a antijuridicidade independe da culpabilidade; a segunda, diz que a antijuridicidade depende da culpabilidade. Prevalece a teoria objetiva da antijuridicidade.
- Causas de exclusão da antijuridicidade (justificantes): pela nova doutrina, o *estrito cumprimento do dever legal* exclui a tipicidade. O *exercício regular de direito*, em regra, exclui também a tipicidade. Excepcionalmente, exclui a antijuridicidade. Excluem a antijuridicidade a legítima defesa e o estado de necessidade. As justificantes supra-legais (fora da lei) existem em alguns casos de consentimento da vítima. Outros exemplos de causas de exclusão da tipici-

dade (atipificantes), são o princípio da insignificância; o erro de tipo; o aborto permitido; o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (para Zaffaroni). As exculpantes excluem a culpabilidade (ex. loucura, menoridade, erro de proibição, etc.). A função dogmática das justificantes é a de justificar o fato típico.

- As justificantes fazem coisa julgada no cível? Em regra, as justificantes não permitem indenização no cível. As exceções são a legítima defesa real com *aberratio ictus* e o estado de necessidade agressivo, etc.
- Requisito subjetivo: toda justificante necessita deste requisito, pois o réu deve ter ciência de que defende um direito.

## ESTADO DE NECESSIDADE

- Previsto no art. 24, do CP, consubstancia-se na situação de perigo e conflito de dois ou mais bens jurídicos. Ex. naufragos e uma tábua de salvação – dois bens: vida e vida. Não importa a origem do perigo (tempestade, inundação, incêndio, etc). Exceção: agressão humana injusta: neste caso, não haverá estado de necessidade, mas legítima defesa.
- Natureza jurídica – duas correntes: a) teoria unitária: o estado de necessidade sempre exclui a antijuridicidade; b) teoria diferenciadora: se os bens jurídicos em conflito forem iguais, o estado de necessidade exclui a culpabilidade (estado de necessidade exculpante); se os bens em conflito são desiguais, exclui a antijuridicidade (estado de necessidade justificante) – teoria que vigora na Alemanha. No Brasil, vigora a teoria unitária, com uma exceção: no CPM adota-se a teoria alemã.
- Requisitos do estado de necessidade:
  - a) Perigo atual ou iminente. O art. 24, do CP só fala no atual; o iminente é defendido pela doutrina.
  - b) Ameaça ou perigo a direito seu ou de terceiro.
  - c) Não ter provocado o perigo dolosamente. Quem gera o perigo por culpa pode invocar o estado de necessidade.
  - d) Inevitabilidade do comportamento lesivo.
  - e) Proporcionalidade entre o bem jurídico sacrificado e o bem jurídico salvo.
  - f) Consciência de que defende um direito – requisito subjetivo.
- Quem tem o dever legal de enfrentar o perigo não pode invocar o estado de necessidade, como os bombeiros, os policiais, médicos públicos, motorista de

ambulância, etc. Este dever não é absoluto, pois há situações extremas em que pode recuar, como no caso de total desproporcionalidade do bem jurídico e no caso de risco excessivo e impossibilidade de salvamento.

- Havendo duas pessoas a serem salvas, o bombeiro não pode escolher. Deve salvar quem for possível.
- Dificuldade econômica não induz estado de necessidade. Nos crimes tributários e previdenciários, havendo dificuldade econômica da empresa, exclui-se a culpabilidade.
- O estado de necessidade defensivo atinge o bem jurídico do causador do perigo; o estado de necessidade agressivo atinge o bem jurídico de um inocente (neste caso, haverá indenização, na esfera cível).

## LEGÍTIMA DEFESA

- Prevista no art. 25, do CP, tem como natureza jurídica uma causa de exclusão da antijuridicidade. O sujeito atua na defesa de um direito individual.
- Requisitos da legítima defesa:
  - a) Agressão injusta, real, atual ou iminente. A agressão é obrigatoriamente humana. Se o animal é *utilizado como instrumento* de ataque, a reação é de legítima defesa; a agressão pode ser ativa ou passiva (ex. carcereiro não libera preso, mesmo com o alvará de soltura); agressão real é a concreta; se a agressão é imaginária, haverá a legítima defesa putativa; a agressão justa não induz legítima defesa (ex. despejo feito por oficial de justiça); não é possível legítima defesa real de outra legítima defesa real, pois a agressão de um é justa, não sendo possível ao outro agredir também justamente; agressão atual é a que está acontecendo e a iminente é a que está prestes a acontecer.
  - b) Ameaça ou ataque a direito próprio ou alheio – exige-se reação proporcional (pode ser defendido qualquer direito: honra, vida, liberdade, patrimônio, etc.).
  - c) Proporcionalidade entre o ataque e a defesa (análise do caso concreto).
  - d) Consciência de que defende um direito – requisito subjetivo.

Observação. Na legítima defesa putativa a agressão é imaginária; na legítima defesa subjetiva, pode haver exceção exculpável (ataque de alguém no escuro e a vítima excede na defesa); a legítima defesa sucessiva é a repulsa contra o excesso da vítima.

- Diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade:
  - a) Na legítima defesa exige-se agressão humana injusta; no estado de necessidade há uma situação de perigo gerada pela natureza ou pelo ser humano.
  - b) No estado de necessidade há uma colisão de bens jurídicos; na legítima defesa há ameaça ou ataque a um bem jurídico.

## EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

- Há divergência doutrinária no sentido de considerar como excludente o exercício regular de direito. Quem exercita um direito não comete crime (ex. particular que prende alguém em flagrante; jornalista que faz uma crítica; expressões ofensivas do advogado na petição, na discussão da causa; mulher que aborta por causa de um estupro, etc.). Requisitos:
  - a) Exercício de um direito previsto em alguma norma.
  - b) Exercício regular, sem abusos.
  - c) Consciência de que se exercita um direito.
- Natureza jurídica: a posição clássica diz que se trata de uma causa de excludente da antijuridicidade (teoria unitária); para a doutrina moderna (Roxin, Zaffaroni), ora exclui a antijuridicidade, ora exclui a tipicidade (teoria diferenciadora). Critério diferenciador: quando o exercício regular de direito é expressão de uma liberdade de ação, é exclusão de tipicidade; quando for uma reação frente a um perigo ou ataque, exclui a antijuridicidade, pois exige um juízo de ponderação dos bens em conflito. A mulher vítima de estupro pode, ou não, abortar (direito de liberdade de ação) – exclui a tipicidade; expulsão de alguém da propriedade (reação a um ataque ou ameaça) – exclui a antijuridicidade.
- Ofendículos: são obstáculos ou meios utilizados para a defesa de bens jurídicos. Ex. cacos de vidro sobre o muro, cerca elétrica, cachorros, alarme, etc.
- Defesa mecânica predisposta: aparato oculto utilizado para a defesa de bens jurídicos. Ex. fios elétricos escondidos, etc.
- Observação: câmera de vídeo não é ofendículo. Também não se pode matar para defender um bem jurídico; neste caso, haverá excesso.
- Natureza jurídica do ofendículo: exercício de um direito, sem que haja abuso ou excesso.

- Violência esportiva: toda violência, dentro das regras, cria riscos permitidos, não havendo fato típico. A doutrina antiga diz que o tema violência esportiva é exclusão de antijuridicidade.
- Cirurgia bem sucedida: é exercício de direito, que exclui a tipicidade para a doutrina nova, pois cria riscos permitidos. Para a doutrina antiga, trata-se de exclusão da antijuridicidade.
- O marido pode praticar estupro contra a própria mulher, embora o sexo seja um dever do casamento. Mas não se admite a violência e a imposição do sexo.
- Castigos impostos pelos pais: pelo CP, os pais têm direito de correção, sem abuso. Por ser liberdade de ação, exclui a tipicidade.
- Trotes escolares: por tratar-se de questões culturais, admite-se se não houver abuso ou excesso. Por se tratar de liberdade de ação, exclui a tipicidade.

#### ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

- Requisitos:
  - a) Cumprimento de um dever imposto por lei.
  - b) Cumprimento estrito, sem abuso.
  - c) Consciência de que exercita um direito (ex. policial que prende em flagrante; testemunha que depõe, etc.).
- Natureza jurídica: para a doutrina clássica, exclui a antijuridicidade; para a doutrina moderna (Zaffaroni), exclui a tipicidade, pois se há uma norma determinando uma conduta, outra não pode proibir (tipicidade conglobante).
- Consentimento do ofendido (da vítima) – é possível:
  - a) Exclui a tipicidade formal: quando há anuência da vítima e o tipo exige o dissentimento. Ex. invasão de domicílio (se o dono não dissente, não haverá crime); estupro (se a mulher consente, não haverá crime).
  - b) Exclui a tipicidade material: Exclui a tipicidade material quando se trata de bem jurídico disponível e a vítima dá o consentimento válido. Ex. destruição do patrimônio. A doutrina antiga dizia que, neste caso, ficava excluída a antijuridicidade.
  - c) Exclui a antijuridicidade: quando se trata de bem jurídico extremamente relevante para o ser humano; o consentimento da

vítima não exclui a tipicidade, necessitando de um *contexto justificante*. Ex. extração de um rim para salvar outra vida.

- d) Diminui a pena: no caso da eutanásia (homicídio piedoso) – não exclui o crime, mas diminui a pena. A posição moderna é no sentido de que não é fato típico, não havendo crime, com fundamentos constitucionais (num concurso público, é recomendável a posição da doutrina clássica: homicídio privilegiado – piedoso, diminuindo a pena).
- Excesso nas causas justificantes – art. 23, parágrafo único, do CP:
  - a) Excesso crasso: ocorre quando o agente, desde o princípio, já atua completamente fora dos limites legais. Ex. menino furando laranja e o dono da quitanda mata o garoto. O agente responde por homicídio doloso.
  - b) Excesso extensivo: ocorre quando o agente reage antes da efetiva agressão. Ex. agressão anunciada com um dia de antecedência. O ofendido, desde logo, já mata o agressor. O agente responde por homicídio doloso (não existe legítima defesa preventiva).
  - c) Excesso intensivo: ocorre quando o sujeito inicia uma reação legítima e, após, excede. Há três espécies:
    - c.1) Excesso doloso: intencional, proposital. Ex. agredido com socos, o agredido domina o agressor e o mata. O agente responde por homicídio doloso pelo que fez no excesso.
    - c.2) Excesso culposo: o agente se excede em razão de um erro; avalia mal a situação fática; pratica um erro vencível. Ex. atacado, o sujeito dispara e o atacante cai. O sujeito avalia que precisa atirar mais, quando na verdade não precisaria. O sujeito responde por homicídio culposo.
    - c.3) Excesso exculpante: exclui a culpabilidade. Ocorre quando qualquer pessoa, nas mesmas circunstâncias, também se excederia. Ex. o sujeito atua por medo ou susto, como no caso de se encontrar em local ermo, escuro, e é atacado por trás. O vulto se mexe e o sujeito dispara mais tiros e depois descobre tratar-se de uma criança de 11 anos (inexigibilidade de conduta diversa – causa supra-legal de exclusão da culpabilidade).
  - d) Excesso acidental: ocorre quando o agente reage moderadamente mas, por força de um acidente, a vítima morre. Ex. o sujeito agride outro a socos e é empurrado. Ao cair, bate a cabeça no meio-fio e morre. O agente não responde por nada.

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Punibilidade significa ameaça de pena, em qualquer conceito de crime que se adote. Não há crime sem pena; não havendo pena não estaremos diante de uma efetividade penal, mas de mera recomendação moral, não sendo fato punível, fora do Direito Penal. Por isso, a punibilidade integra o conceito de crime, sendo de fundamental importância, embora ignorada pela grande parte dos doutrinadores. A punibilidade é o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário, contra quem praticou uma infração penal (conceito de punibilidade).
- A infração penal tem três substratos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A punibilidade não é substrato da infração, mas consequência dela.
- O rol do art. 107, do CP, é exemplificativo. Há causas extintivas da punibilidade também na parte especial, a exemplo do art. 312, § 3º, do CP. Também se encontra na legislação especial, como na Lei n. 9.099/95 (transação penal e *sursis* processual).
- Apesar de divergente, há corrente ensinando que a imunidade parlamentar absoluta é causa de isenção de pena.
- Súmula 554/STF – causa supra-legal de exclusão da punibilidade: pagamento do cheque antes do recebimento da denúncia.
- Causas do art. 107, do CP:

I – Morte do agente: (investigado, acusado, recorrente, reeducando ou executado) – pode ser a qualquer tempo; é um desdobramento lógico do princípio da personalidade ou intransmissibilidade da pena. Desaparece apenas os efeitos penais, podendo ser buscados os efeitos civis em relação aos parentes do morto. Prova-se a morte do agente com a certidão de óbito (art. 62, do CPP). A maioria não aceita a morte presumida para extinguir a punibilidade (Régis Prado); uma minoria aceita (Nelson Hungria). Em caso de certidão de óbito falsa, há duas correntes que explicam a consequência da sentença extintiva da punibilidade: a primeira, diz que não se pode prosseguir com o processo, pois está acobertado pelo manto da coisa julgada, não havendo revisão *pro societate*, restando processar o agente por falsidade documental. A segunda corrente diz que se não houver morte, a certidão é falsa e baseada em fato inexistente, a sentença é inexistente, não havendo coisa julgada material, respondendo o agente pelo crime (adotada pelo STF).

II – Anistia, graça ou indulto: são três institutos de renúncia estatal ao direito de punir. É possível aplicá-las na ação privada? Sim, o particular tem apenas o exercício de ação, mas o monopólio da punição continua com o Estado.

ANISTIA é ato do Legislativo Federal, isto é, lei penal anômala (devidamente sancionada pelo presidente da República), através do qual o Estado, por razões de clemência, políticas sociais, etc., esquece a prática de um fato crimi-

noso, apagando todos os efeitos penais de eventual condenação. Os efeitos civis permanecem. A anistia atinge o fato; a *abolitio criminis* atinge a própria lei. A anistia pode ser *própria*, quando concedida antes da sentença condenatória; e *imprópria*, quando concedida após a condenação. Pode ser *irrestrita*, quando atinge indistintamente todos os autores do fato; ou *restrita*, quando atinge apenas uma parcela dos autores, exigindo, destes, condições pessoais especiais; *incondicionada*, quando a lei não exige, do criminoso, contraprestação; *condicionada*, quando exige reparação de dano; *comum*, quando incide sobre delitos também comuns; *especial*, quando incide sobre delitos políticos. Sendo revogada a lei que criou a anistia, não poderá retroagir em prejuízo dos beneficiários.

INDULTO E GRAÇA ato do Executivo Federal (presidente da República ou um delegado seu, onde, por meio de decreto, apagam-se os efeitos executórios da condenação). A graça visa criminosos certos e determinados; o indulto visa a coletividade; a graça depende de provocação; o indulto é concedido de ofício. Graça e indulto pressupõem trânsito em julgado da condenação. Hoje, basta a condenação, mesmo que na execução provisória (Súmula 716/STF). O CNJ entende que basta a condenação. Graça e indulto são *plenos* quando extinguem totalmente a condenação; *parciais*, quando diminuem parcialmente a pena ou altera o tipo de pena (comutação); *incondicionada*, quando não exige condições pessoais especiais; *condicionada*, quando exige condições pessoais especiais (ex. bom comportamento carcerário). A nova Lei de Drogas (11.343/06), a exemplo da Lei de Crimes Hediondos, veda a graça e o indulto (art. 44).

V – Renúncia: abdicação do direito de promover a ação penal de iniciativa privada. Com a advento da Lei 9.099, admite-se renúncia em ação penal pública condicionada, nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 74, parágrafo único).

Características da renúncia: ato unilateral, extraprocessual expresso ou tácito. É unilateral por dispensar a concordância da parte contrária. Extraprocessual por ser anterior ao processo. Expressa (art. 50, do CPP); tácita (quando a vítima comporta-se de modo incompatível com a vontade de ver processado o seu ofensor). O recebimento de indenização pela vítima não configura renúncia tácita, com exceção da Lei 9.099/95. A retratação não é possível (art. 104, do CP). Na ação penal privada subsidiária da pública é possível a renúncia, mas não gera a extinção da punibilidade, ficando o MP como titular exclusivo. A renúncia em relação a um se estende aos demais (art. 49, do CPP) – princípio da extensibilidade. Mas a renúncia de uma vítima não prejudica o direito das demais. Até os 18 anos, quem pode renunciar é o representante; após os 18 anos, somente a vítima pode renunciar; havendo morte da vítima, o cônjuge, companheiro, descendente, ascendente, irmão, podem renunciar.

Perdão do ofendido: ato através do qual a vítima ou o seu representante desiste de prosseguir com a ação penal de iniciativa privada em curso, desculpando o seu ofensor pela prática do crime. Tem como características o ato bilateral (para produzir efeitos, precisa ser aceito). Pode ser extraprocessual ou processual. Pode ser expresso ou tácito. O perdão condicionado (mediante

condição) não é possível; deve ser sempre incondicionado (Magalhães Noronha). Não se admite o perdão em execução penal (art. 106, CP). Aceita-se o perdão expressamente ou tacitamente (ex. o silêncio). Mas não existe recusa tácita. O art. 16 da Lei de Violência Doméstica permite a retratação. A representação será irretratável após o oferecimento da denúncia, salvo no caso de violência doméstica contra mulher, em audiência especialmente designada pelo juiz.

VI – Retratação do agente, nos casos em que a lei admite: neste caso, significa desdizer o que houver dito, trazendo novamente a verdade à tona. É possível nos seguintes casos: a) calúnia (138, do CP); b) difamação (139, do CP); falso testemunho (342, do CP); falsa perícia (342, do CP); Lei de Imprensa (art. 20, 21 e 22, inclusive na injúria). A retratação deve operar-se antes da sentença que encerra o processo onde ocorreu a mentira (falso testemunho e falsa perícia). Na calúnia e na difamação, antes da sentença que apura os crimes. A retratação dispensa a concordância da vítima. Não impede a ação civil. A retratação, para a maioria da doutrina, só extingue a punibilidade de quem se retratou, sendo incomunicável (143, do CP).

VII e VIII – antes da Lei 11.106/05, os crimes sexuais extinguíam a punibilidade, havendo o casamento da vítima como ofensor. Após, a Lei 11.106 revogou estes incisos. Mas a referida Lei é retroativa para os fatos praticados antes. Mas continua se extinguindo a punibilidade pela renúncia ou perdão do ofendido, mesmo após a Lei que revogou tais incisos. Antes o inciso VIII trazia a extinção através do casamento da vítima com o ofensor nos crimes sem violência real ou grave ameaça. A lei, nestes casos, também é irretroativa.

Pelo art. 108, do CP, nos crimes acessórios (aqueles que pressupõem outros, como a receptação, favorecimento pessoal, lavagem de dinheiro – art. 1º, da Lei 9.613/98), etc., extinta a punibilidade do crime principal, esta não se estende a eles, acessórios.

## SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - *SURSIS*

Instituto de política criminal, que se destina a evitar o recolhimento à prisão do condenado, submetendo-o à observância de certos requisitos legais e condições, perdurando estas durante tempo determinado, findo o qual, sem revogação, extingue-se a punibilidade (o art. 82, do CP, diz que, na verdade, extingue-se a pena). Há três sistemas de *sursis*:

- 1) Franco-belga: o réu é processado e reconhecido culpado, condenado à pena privativa de liberdade, ficando suspensa a sua execução.
- 2) Anglo-americano (*plea bargaining*) – o réu é processado, reconhecido culpado e suspende-se o processo sem condenação.

- 3) *Probation of first offenders act* (colocado em prova o que primeiro delinqüiu) – o réu é processado, porém o processo fica suspenso sem reconhecimento de culpa.

Obs. O Brasil adotou o sistema *franco-belga* no art. 77, do CP. Adotou o *probation of first offenders act* na Lei 9099/95, art. 89. Adotou o sistema anglo-americano na antiga Lei de Entorpecente n. 10.409/02. A atual Lei de Drogas, 11.343/06, não adota mais tal sistema. O *sursis* é direito subjetivo do condenado, bastando preencher os requisitos, podendo ser recusado por ele. O *sursis* é subsidiário, cabendo-o somente se incabível a restritiva de direitos.

- Espécies de *sursis*:

- 1) *Sursis simples*: art. 77 c/c 78, §, do CP. Requisitos:

- a) Pena imposta não superior a 2 anos (considera-se concurso de crimes, somando-se a pena para aplicação do *sursis*).
- b) Período de prova de 2 a 4 anos (no primeiro ano, prestação de serviços à comunidade *ou* limitação de fim de semana).
- c) Não reincidente em crime doloso.
- d) Circunstâncias judiciais favoráveis.
- e) Não cabível pena restritiva de direitos (o *sursis* é subsidiário).

Obs. A condenação, por multa, apesar de gerar reincidência, não impede a concessão de *sursis* (art. 77, § 1º, do CP).

- 2) *Sursis especial* art. 77 c/c 78, § 2º, do CP. São os mesmos requisitos do simples, modificando-se apenas as condições (primeiro ano – art. 78, § 2º, do CP - mais benéficas).

- 3) *Sursis etário*: art. 77, § 2º, do CP – condenado maior de 70 anos. Pena privativa de liberdade não superior a 4 anos. Suspensão de 4 a 6 anos. Nem todo idoso terá direito ao *sursis* etário; somente os maiores de 70 anos (o Estatuto do idoso considera como tal o maior de 65 anos).

- 4) *Sursis humanitário*: art. 77, § 2º, do CP – a pena imposta não pode ser superior a 4 anos. Período de prova variando de 4 a 6 anos. Razões de saúde justificam o benefício (por isso é chamado humanitário). São doenças que a clausura compromete a cura.

É possível, no Brasil, *sursis* incondicionado? Não. Todos os nossos *sursis* estão sujeitos a alguma condição. E se o juiz se esquecer de impor condições sem recurso do MP? Entende a maioria que o juiz da execução não pode impor condições. Nesse caso, o *sursis* incondicional transitará em julgado. Contudo, existe decisão do STJ dizendo que cabe ao juiz da exe-

cução suprir a falha. Cabe *sursis* em crime hediondo ou equiparado? Antes da Lei 11.343/06, havia duas correntes: a primeira dizia não caber, pois a imposição integral fechada mostra-se incompatível com o benefício (vedação implícita) – majoritária. Uma segunda corrente diz que cabe, pois o regime integralmente fechado é inconstitucional e não existem vedações implícitas em nosso ordenamento – STF. Hoje, no que se refere ao tráfico, a Lei 11.343 proíbe expressamente o *sursis*, no seu artigo 44. Para o STF, o art. 44 citado é irretroativo, pois se trata de vedação nova, não se aplicando aos crimes de tráfico anteriores à citada lei. Hoje, é o único crime equiparado a hediondo que não permite o *sursis*.

### **Revogação do *sursis***

#### 1) Obrigatória (art. 81, I, II, III, do CP).

- a) Condenado no período de prova por crime doloso, irrecorrivelmente (não importa quando praticado o crime, mas quando o sujeito é condenado). É automática, indispensável a decisão judicial, segundo o STF; para o STJ, deve ser ouvido o beneficiário; existe jurisprudência minoritária, dizendo que, sendo o crime doloso, cometido durante o *sursis*, considerado insignificante, não se revoga (Paulo Queiroz).
- b) Se o beneficiário frustra, embora solvente, a multa imposta (a maioria entende que essa causa obrigatória de revogação do *sursis* foi revogada pela Lei 9268/96).
- c) Não reparação injustificada do dano – reparado o dano antes da sentença, cabe o *sursis* especial; depois da sentença, não sendo reparado o dano, revoga-se obrigatoriamente o *sursis*.
- d) Descumprimento das condições do § 1º do art. 78 do CP (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana no primeiro ano). Nessas duas últimas hipóteses, deve-se ouvir o beneficiário.

#### 3) Facultativa (art. 81, § 1º, do CP).

- a) Descumpra qualquer outra condição (art. 78, § 2º e 79, do CP).
- b) É condenado a crime culposos no período de prova, contravenção à pena privativa de liberdade e restritiva de direitos (pena de multa não revoga). Na revogação facultativa, o juiz pode: revogar, advertir, criar novas condições e prorrogar período de prova. Não se confunde revogação com cassação do *sursis*. No primeiro caso, o *sursis* é iniciado; no segundo, o benefício sequer tem início. É impedido por causa preexistente. No primeiro caso, é impedido por causas supervenientes (ex. cassação: não comparecimento do beneficiário à audiência de advertência, injustificadamente; reforma, pelo tribunal, da sentença concessiva). Prorrogação do *sursis*: art. 81, § 2º, do CP – processado por crime ou contravenção durante o período de prova (prorrogado o

período, não se prorroga com ele as condições impostas). É possível o *sursis* simultâneo ou sucessivo. Expirado o prazo do *sursis*, sem revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade e não a punibilidade (art. 82, §2º). O *sursis* suspende os direitos políticos? Para uma primeira corrente, não suspende, pois o *sursis* não é incompatível com o exercício do voto. Uma segunda corrente entende que suspende, tendo em vista o que diz o artigo 15, III, da CF (basta a mera condenação, não importa o tipo de crime, o tipo de pena e a sua duração – STF – prevalece).

## MEDIDA DE SEGURANÇA

- Espécie de sanção penal. Resposta estatal ao agente não imputável, autor de um injusto penal (fato típico + ilícito).
- Finalidades: essencialmente preventiva. É curativa. Dirige-se ao futuro, ao contrário da pena, que é preventiva, retributiva e ressocializadora.
- Princípios: a) Legalidade – art. 1º, do CP. Aplica-se à medida de segurança? Uma primeira corrente entende que não se aplica o art. 1º, do CP, no caso de medida de segurança, pois ele fala em pena, e a medida de segurança tem finalidade curativa, devendo ser ampliada e não restringida (Francisco de Assis Toledo - minoritária). Para a segunda corrente, aplica-se o art. 1º, do CP, também no caso de medida de segurança, pois onde se lê “pena” deve-se abranger “sanção penal”; a medida de segurança tem caráter privativo de direitos (Luiz Flávio Gomes/Paulo Queiroz – majoritária). b) Proporcionalidade: a medida de segurança deve ser proporcional à periculosidade do agente, e não à gravidade do fato (como na pena).
- Pressupostos da medida de segurança: a) prática de fato previsto como crime (abrange contravenção penal); b) agente não imputável (periculosidade do agente – art. 26, *caput*, do CP – periculosidade presumida); art. 26, parágrafo único (semi-imputável – periculosidade deve ser comparada ou imputável com responsabilidade penal diminuída).
- Internação (regra) – pode ser substituída por tratamento ambulatorial, se o crime cometido for punido com detenção (art. 97, do CP). Há doutrinadores que dizem que, sendo o crime punido com detenção, o juiz está obrigado a aplicar o tratamento ambulatorial. Mesmo sendo reclusão, pode-se aplicar tratamento ambulatorial, dependendo do caso. De outro lado, sendo o crime de detenção, pode-se aplicar internação em casos graves e excepcionais.
- Na Lei de Drogas (11.343) a internação é sempre medida excepcional. A regra é o tratamento ambulatorial. A internação ou tratamento ambulatorial, é indeterminado, com prazo mínimo de 1 a 3 anos. Perdura enquanto não cessada a periculosidade (art. 97, § 1º).

- Prazo indeterminado da medida de segurança é inconstitucional? Primeira corrente: sim, pois é sanção de caráter perpétuo, devendo ter o tempo máximo da pena em abstrato do crime praticado (Alberto Silva Franco, Luiz Flávio Gomes – minoritária). Segunda corrente: não é inconstitucional, pois medida de segurança não é pena e a CF veda “pena” de caráter perpétuo (Mirabete - majoritária).
- Com dois anos de internação ou tratamento ambulatorial, faz-se a primeira perícia, repetindo-a de ano em ano, se for o caso, podendo o juiz antecipar esse tempo, nunca ampliá-lo.
- Durante o período de liberação (de ensaio), sendo praticado o fato indicativo de periculosidade, restabelece-se a situação anterior.
- Art. 97, § 4º: durante a fase de tratamento ambulatorial, o juiz pode determinar a internação, se tal providência for necessária. Isso não é regressão, pois medida de segurança é curativa. O contrário não é possível, devendo ser desinternado, sob pena de analogia *in malam partem*. No tempo mínimo (1 a 3 anos) é possível a detração.
- As causas extintivas de punibilidade também se aplicam às medidas de segurança.
- Durante a execução da pena sobrevém doença mental, o juiz, a requerimento do MP, pode substituir a pena por medida de segurança, ou o juiz pode transferir o condenado para ser curado em estabelecimento adequado. No primeiro caso, quando a doença não tiver caráter provisório; no segundo caso, quando a doença tem caráter provisório. No primeiro caso, tempo indeterminado; no segundo, tempo da pena imposta. Segundo LFG mesmo no primeiro caso, o tempo será o da pena imposta.

### **REABILITAÇÃO – art. 93, do CP.**

- Antes da reforma da parte geral do CP, em 1984, era causa extintiva da punibilidade. Depois da reforma, passou a ser instituto declaratório, que garante ao condenado sigilo dos registros do processo e da condenação; atinge alguns efeitos da condenação: a) sigilo dos processos/condenação perdem sentido com a lei 7210/84 (garante o sigilo com mero cumprimento da pena – art. 202, da LEP); b) hoje, serve para atingir alguns efeitos da condenação (art. 92, do CP). São eles: perda do cargo, função pública ou mandato eletivo – crime funcional (pena imposta igual ou superior a um ano) – nos demais casos, quando a pena for superior a 4 anos; incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela, curatela (crime doloso praticado contra filho, tutelado, curatelado, punido com reclusão); inabilitação para dirigir veículo (quando o veículo serve como instrumento do crime doloso). Os efeitos acima transcritos

não são automáticos, dependendo de motivação judicial (art. 92, parágrafo único, do CP). A reabilitação retira os efeitos da condenação, elencados no art. 92, do CP. Somente no caso de inabilitação para dirigir veículo, o reabilitado volta ao *status quo ante*. Nos casos de perda da função pública e incapacidade para o exercício do poder familiar, o reabilitado não volta ao *status quo ante* (ex. pai que estupra filha não recupera o poder familiar sobre ela; juiz que perde o cargo não volta a ser juiz, mas recupera a capacidade de exercer função pública, para outro cargo).

- Requisitos da reabilitação: art. 94, do CP.
  - a) Decurso de dois anos de cumprimento ou extinção da pena (computado o período de prova do *sursis* e do livramento condicional).
  - b) O agente teve domicílio no país durante os dois anos (eventual viagem ao exterior não interrompe).
  - c) Bom comportamento público e privado, nos dois anos.
  - d) Reparação do dano, salvo impossibilidade.

Observação: são requisitos cumulativos (não pode faltar nenhum).

- O pedido de reabilitação pode ser repetido quando negado (art. 94, parágrafo único), desde que com novos elementos comprobatórios.
- No caso de pluralidade de penas, é necessário cumprir todas, para ter direito à reabilitação. Somente após o cumprimento global das reprimendas é que começa a contar os dois anos. Alberto Silva Franco entende que será contado isoladamente para cada crime.
- Cabe reabilitação em medida de segurança para o semi-imputável, segundo a jurisprudência.
- É possível revogar a reabilitação (art. 95, do CP), de ofício ou requerimento do MP. Assistente de acusação não pode pleitear revogação da reabilitação.
- Hoje, as leis de falência e tóxicos, quanto à reabilitação, seguem os requisitos do CP.
- Quem julga reabilitação é o juiz da condenação ou da execução? É juiz da condenação, visto que nos dois anos após a pena não há mais execução. Recurso cabível é a apelação, no caso de denegação. Se concede, apelação + recurso *ex officio*.

## PRESCRIÇÃO

- Prescrição é a perda, em face do decurso do tempo, do direito do Estado punir ou executar punição já existente (exceção à prescrição: art. 5º, XLII e XLIV, da CF).

Observação: atribuir qualidade negativa à vítima é injúria qualificada – art. 140, § 3º, do CP (afiançável); segregação da vítima é racismo – Lei 7.716/89 (inafiançável, *imprescritível*, ação penal pública incondicionada).

- Espécies de prescrição:
  - a) Prescrição da pretensão punitiva – PPP
  - b) Prescrição da pretensão executória – PPE
- PPP opera antes do trânsito em julgado da decisão.
- PPE pressupõe trânsito em julgado.
- PPP apaga todos os efeitos (penais e civis) de eventual sentença condenatória.
- PPE impede somente o cumprimento da pena e está prevista no art. 110, *caput*, do CP.
- PPP subdivide-se em quatro: propriamente dita (em abstrato); superveniente; retroativa e em perspectiva (por prognose, antecipada ou virtual) – a superveniente, art. 109 e 110, § 1º, pressupõe condenação provisória com trânsito em julgado para a condenação – MP; a retroativa, art. 110, § 2º, do CP, pressupõe condenação com trânsito em julgado para a acusação; a em perspectiva é uma criação jurisprudencial que o STF não reconhece (apenas no Estado de São Paulo tem sido praticada. Se dá nos casos em que o julgador percebe que, diante da pena em abstrato que provavelmente será aplicada, inevitavelmente a prescrição será reconhecida. Antes que tramite o processo, a prescrição é reconhecida desde logo). Em todas as prescrições apagam-se os efeitos, sejam penais ou civis. O fundamento da existência da prescrição está no fato de que o tempo faz desaparecer o interesse social do Estado punir alguém.

#### PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PROPRIAMENTE DITA

- **Prescrição em abstrato - art. 109, do CP:** considera a pena em abstrato. Na busca da pena máxima, trabalhamos com a *teoria da pior das hipóteses*:
  - a) Consideram-se causas de aumento e diminuição (não se consideram as causas de aumento do concurso formal e material – art. 119, do CP). Se o aumento for variável (por exemplo, 1/3 a

2/3), considera-se a fração que mais aumenta. Se a diminuição for variável, considera-se a fração que menos diminui.

- b) Não se consideram agravantes e atenuantes, pois não têm parâmetro de aplicação previsto em lei (a atenuante da menoridade reduz o prazo prescricional pela metade).
  - c) Não se consideram circunstâncias judiciais (art. 59, do CP).
- Conseqüências da prescrição em abstrato.
    - a) Desaparece para o Estado o direito de punir, inviabilizando a apreciação do mérito.
    - b) Eventual sentença condenatória provisória é rescindida.
    - c) O acusado não será responsabilizado pelas custas processuais.
    - d) Ter o acusado restituição integral da fiança prestada.
  - O termo inicial da prescrição é o do art. 111, do CP.
  - Art. 117, I, II, III e IV – PPP – interrupção.
  - Art. 117, V e VI – PPE – interrupção.
  - Combinando o art. 111 com o 117, do CP, chegamos à seguinte conclusão:
    - a) Se o procedimento não for o do Júri, é interrompida da data do fato até a inicial (denúncia) e zera o tempo; depois, interrompe-se com a sentença condenatória; depois, até o trânsito em julgado.
    - b) Se o procedimento for o do Júri, a interrupção conta-se da data do fato até a inicial (denúncia); depois, até a pronúncia; depois, até a sentença confirmatória da pronúncia; depois, até a condenação, depois, até o trânsito em julgado final.

Observações: 1) a cada vez que interrompe, o tempo volta a ser contado novamente; 2) Súmula 191/STJ: *a pronúncia é causa de interrupção da prescrição ainda que o júri venha a desclassificar o crime*; 3) Art. 61, do CPP: matéria de ordem pública, a prescrição pode ser declarada de ofício, a qualquer tempo, pelo juiz; 4) Ato infracional – primeira corrente: não é suscetível de prescrição – no ECA não há direito de punir, mas de educar. Segunda corrente: existe prescrição em ato infracional, por analogia *in bonam partem* e reconhece que a medida sócio-educativa tem parcela de punição – prevalece esta segunda corrente, no STJ e no STF.

- **Prescrição superveniente – art. 110, § 1º, do CP:** com o trânsito em julgado para a acusação e analisando a pena *em concreto*, pois ela já existe e não pode piorar para a defesa. Exemplo: data do fato; recebimento da denúncia; sentença condenatória; trânsito em julgado. A partir da sentença condenatória, se o MP não recorrer, a prescrição passa a ser analisada pela pena aplicada na sentença, em concreto. Somente a partir daí se aplica a prescrição da pena em concreto.
- Características:
  - a) Pressupõe sentença penal condenatória.
  - b) Os prazos são os mesmos do art. 109, do CP, porém considerando a pena em concreto.
  - c) Começa a contar da publicação da sentença condenatória.

Observações: 1) há jurisprudência aplicando a prescrição superveniente quando o MP recorre para mudar regime, não combatendo a pena; 2) o juiz de primeiro grau que condenou pode reconhecer a prescrição superveniente? Primeira corrente: não, pois não teria mais jurisdição. Segunda corrente: matéria de ordem pública; pode reconhecer a qualquer tempo (posição do TJ/SP).

- **Prescrição retroativa – art. 110, § 2º:** semelhante à superveniente, mudando o início de aplicação: se o MP não recorreu, aplica-se o tempo da pena em concreto. Aí, analisa-se o período retroativo: da condenação para o recebimento da denúncia e desta para a data do fato – se constatar a prescrição pela pena aplicada na sentença (em concreto), houve a prescrição retroativa. Embora a prescrição superveniente venha prevista antes, no CP, na prática o advogado deve primeiro analisar se houve a prescrição retroativa (quanto ao juiz poder aplicá-la, existe a mesma divergência da superveniente).

#### PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

- Prevista no art. 110, *caput*. Depois do trânsito em julgado, com a pena aplicada na sentença, aumentada de 1/3 se o réu for reincidente c/c art. 109, do CP, para analisar o tempo de prescrição.
- Só impede o cumprimento da pena, permanecendo os demais efeitos da condenação.
- Começa a correr a partir do trânsito em julgado para o MP. Ou seja, transitado em julgado para a parte, retroage ao prazo que transitou para o MP, começando a contar dali (exceção: revogação de *sursis* ou livramento condicional – art. 112, do CP).

## PARTE ESPECIAL – DIREITO PENAL

### HOMICÍDIO

É o tipo central de crimes contra a vida; é o ponto culminante na orografia (montanha) dos crimes; é o crime por excelência (Nelson Hungria). É a injusta morte de pessoa (vida extra-uterina) praticada por outra pessoa.

- Topografia:
  - a) Art. 121, *caput*, do CP – homicídio doloso simples.
  - b) Art. 121, § 1º, do CP – homicídio doloso privilegiado.
  - c) Art. 121, § 2º, do CP – homicídio doloso qualificado.
  - d) Art. 121, § 3º, do CP – homicídio culposo.
  - e) Art. 121, § 4º, do CP – 1ª parte: majorante para o homicídio culposo; 2ª parte: majorante para o homicídio doloso.
  - f) Art. 121, § 5º, do CP – perdão judicial.
  - g) Art. 129, § 3º, do CP – homicídio preterdoloso (lesão corporal seguida de morte).

#### **Homicídio doloso simples:**

- Sujeito ativo: qualquer pessoa (crime comum). No caso de irmão xipófago - possibilidade de separação cirúrgica para responsabilizar o agente; não sendo possível a cirurgia, duas correntes: 1ª) preferência pela absolvição, pois há conflito entre pretensão punitiva do Estado e o estado de inocência do agente. Nesse conflito, sobrepõe-se o estado de inocência (Magalhães Noronha); 2ª) pela condenação, porém não executa a pena, pois atingirá o irmão que não matou, passando a pena da pessoa do condenado, ferindo o princípio da personalidade. Ou conta a prescrição ou espera-se o irmão inocente matar alguém para ambos cumprirem a pena (Flávio Monteiro de Barros).
- Sujeito passivo: pessoa humana (ser vivo nascido de mulher). Magalhães Noronha entende que o Estado é tão vítima como a vítima morta, pois o ser humano é condição de existência do próprio Estado.
- Matar presidente da República, presidente do Senado, presidente da Câmara e presidente do STF, aplica-se o art. 121, do CP e art. 29, da Lei de Segurança Nacional (7.170/73) – matar com motivo político: motivação especializante.

- Vida intra-uterina e extra-uterina: o início do parto se dá com o rompimento do saco amniótico ou a partir da contração.
- O homicídio é um crime de execução livre, praticado por ação, omissão (art. 13, § 2º, CP), meios diretos, meios indiretos (através de um animal, por exemplo) e, ainda, para Magalhães Noronha, por meios morais (palavras).
- Admitem-se as duas modalidades de dolo: direto ou eventual.
- Consuma-se com a produção do resultado naturalístico: a morte da vítima. Lei 9.434/97: a morte se dá com a cessação da atividade encefálica.
- É crime plurissubsistente: admite fracionamento da execução; admite tentativa. O homicídio praticado com dolo eventual admite-se na modalidade tentada? Primeira corrente: admite a tentativa, pois existe vontade (art. 18, I, do CP). Segunda corrente: no dolo eventual não se age com vontade, apenas assume o risco, logo não há tentativa (minoritária; Rogério Greco).
- O homicídio simples, em regra, não é hediondo. Mas pode se tornar hediondo, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio (Lei 8.930/94). Grupo, aqui, divide-se em duas correntes: 1ª) grupo não se confunde com par ou quadrilha ou bando, configurando-se o grupo com a presença de três pessoas (Vicente Cernichiaro). 2ª) concorda que grupo não se compara a par, mas entende que o grupo exige o mesmo número de pessoas da quadrilha ou bando, ou seja, quatro pessoas (Alberto Silva Franco) – corrente que prevalece (este é o chamado *homicídio condicionado*).

### **Homicídio privilegiado – art. 121, § 1º, do CP:**

- Privilegiadoras:
  - a) Matar impelido por motivo de *relevante* valor social (Ex. para atender interesses da coletividade, mata-se o traidor da pátria).
  - b) Matar impelido por motivo de *relevante* valor moral (Ex. para atender interesses próprios, porém ligado ao sentimento de compaixão, misericórdia, de piedade, como na eutanásia).
  - c) Homicídio emocional: mata-se sob domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. No domínio de violenta emoção não basta estar sob influência de emoção, é preciso o domínio, o intenso choque, capaz de anular o autocontrole do agente. A reação deve ser imediata, sem intervalo temporal. A jurisprudência entende que será imediata a reação enquanto perdurar o domínio da violenta emoção. A injusta provocação da vítima não significa, necessariamente,

uma agressão, podendo ser dirigida contra terceiros (pai que mata o estuprador da filha).

- d) O privilégio se comunica entre autores e partícipes? Se houver circunstâncias pessoais, não se comunicam; se elementares, se comunicam (no privilegiado subjetivo).
- e) Circunstância do crime: quando agregada ao tipo, não altera o crime, mas muda a pena.
- f) Elementar do crime: dado que, agregado ao tipo-base, altera o crime para outra espécie.
- g) A privilegiadora é circunstância incommunicável. Primeira corrente: o privilégio é faculdade do juiz (minoritária – Magalhães Noronha). Segunda corrente: é direito subjetivo do réu, o juiz apenas decide o *quantum* da redução da pena (majoritária).

#### **Homicídio qualificado – art. 121, § 2º, do CP:**

- A partir da Lei 8.930/94, esse crime passou a ser hediondo, sempre.
- Modalidades:
  - I – motivo torpe (subjetiva).
  - II – motivo fútil (subjetiva).
  - III – meio cruel (objetiva).
  - IV – modo surpresa (objetiva).
  - V – finalidade especial (subjetiva).
- Motivo torpe: é o motivo vil, ignóbil, repugnante, abjeto. Ex. mediante paga ou promessa de recompensa (art. 121, § 2º, I, do CP) – é o homicídio mercenário ou por mandato remuneratório.
- Quanto ao concurso de pessoas, o homicídio pode ser monossubjetivo (concurso eventual – pode ser praticado por uma ou mais pessoas); plurissubjetivo (concurso necessário – só pode ser praticado por número plural de agentes). Em regra, o homicídio é monossubjetivo. Mas pode ser plurissubjetivo, como no caso do homicídio mercenário: necessariamente tem um mandante e um executor (sicário).

- Sobre a torpeza. Primeira corrente: elementar subjetiva comunicável, respondendo executor e mandante. Segunda corrente: é mera circunstância subjetiva incomunicável, nos termos do art. 30, do CP (Rogério Greco, Flávio Monteiro de Barros, Cezar Roberto Bittencourt, Alberto Silva Franco).
- Paga ou recompensa: deve ser econômica a sua natureza, ou outro motivo, como promessa de recompensa social, ou esposa que mata marido para ficar com herança.
- Vingança: pode ou não ser motivo torpe, depende do que a motivou, assim como o ciúme.
- Motivo fútil: pequeno, insignificante, desproporção entre a causa e a consequência. Ex. briga no trânsito. Não se confunde com motivo injusto, pois este integra o próprio crime. A ausência de motivo é considerada motivo fútil? Primeira corrente: se o menor motivo qualifica, mais ainda se não houver motivo (majoritária). Segunda corrente: segundo Cezar Bittencourt, enquanto não houver lei diferenciando pequeno motivo de falta de motivo, será analogia *in malam partem*.
- Meio cruel – art. 121, § 2º, III :
  - a) Veneno: toda substância capaz de, no caso concreto, destruir o organismo humano (Magalhães Noronha). É imprescindível que a vítima desconheça que nela está sendo ministrada a substância.
  - b) Não se deve confundir a tortura do art. 121, § 2º, VI, do CP (morte qualificada pela tortura) com a tortura do art. 1º, § 3º, da Lei 9.455/97 (tortura qualificada pela morte – preterdoloso).
  - c) Incisos I, III e IV – interpretação analógica.
  - d) Premeditação não quer dizer qualificação.
  - e) A idade da vítima não gera a qualificadora do inciso IV, por si só.
  - f) Inciso V: vínculo entre o homicídio e outro crime. É a chamada *conexão teleológica*, praticado para assegurar a execução de outro crime (crime futuro). *Conexão consequencial* – praticado para assegurar a impunidade, vantagem ou ocultação de outro crime (é o crime pretérito).

Observações: 1) a conexão ocasional não qualifica o crime, pois não há vínculo; 2) o outro crime conexo pode ser praticado por outra pessoa. Ex. matar para assegurar o estupro praticado pelo irmão; 3) na conexão teleológica o crime futuro é dispensável; basta matar *pensando* nele; 4) matar para ocultar contravenção penal

não gera essa qualificadora do meio cruel, mas pode gerar motivo fútil.

- No caso de qualificadoras diferentes, a segunda pode ser utilizada como circunstância judicial (art. 59, do CP) – posição do STF, ou agravante (art. 61, do CP).
- É possível o homicídio privilegiado qualificado? Sim, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva (meio cruel e modo surpresa).
- O homicídio qualificado privilegiado é hediondo? Primeira corrente: permanece hediondo, pois a lei não excepciona esta figura (minoritária). Segunda corrente: deixa de ser hediondo, pois faz analogia ao art. 67, do CP (majoritária, do STJ e do STF).

#### **Homicídio culposo – art. 121, § 3º, do CP:**

- Ocorre quando o agente, por manifesta *imprudência*, *negligência* ou *imperícia* (modalidades da culpa), deixa de empregar a atenção de que era capaz, provocando a sua conduta o resultado lesivo involuntário (previsibilidade objetiva), previsto (culpa consciente) ou previsível (culpa inconsciente).
- Imprudência: afoiteza; negligência: falta de precaução; imperícia: falta de aptidão pra o exercício de arte, ofício ou profissão.
- A culpa concorrente da vítima atenua a pena do agente.

#### **Causas de aumento de pena – art. 121, § 4º, do CP:**

- Primeira parte: homicídio culposo:
  - a) Inobservância de regra técnica para o exercício de profissão (erro profissional – não se confunde com imperícia).
  - b) Omissão de socorro: não incide o art. 135, do CP; pressupõe que o agente podia socorrer, sem risco pessoal (se a vítima já estava morta, não incide as causas de aumento, ou se terceiros se anteciparam no socorro, também não incide causa de aumento de pena; se ocorre risco de linchamento, também não incide o aumento).
  - c) Não procurar diminuir as conseqüências de seu ato.

- d) Fugir para evitar o flagrante (demonstra ausência de escrúpulo e prejudica a investigação) – fere a garantia de não produzir prova contra si e renega o instinto natural de liberdade.
- Segunda parte: homicídio doloso:
  - a) Vítima menor de 14 anos: aumenta-se a pena em 1/3.
  - b) Vítima maior de 60 anos: aumenta-se a pena em 1/3.

## SUICÍDIO

- Previsto no art. 122, do CP. É a eliminação voluntária e direta da própria vida. Previsto também no CPM, art. 207 (crime militar impróprio, pois regulado também na legislação comum). Não se pune o suicida, mas quem o induz, instiga ou auxilia.
- A induz B a auxiliar C a suicidar-se. B pratica auxílio ao suicídio (art. 122, do CP). A praticou o mesmo crime, na condição de partícipe (é possível o concurso de agentes).
- A vítima será sempre uma pessoa capaz. Sendo incapaz, o crime será o de homicídio. As vítimas devem ser determinadas e certas.
- Induzir é fazer nascer a idéia mórbida (participação moral).
- Instigar é reforçar idéia já existente (participação moral).
- Auxiliar é prestar assistência material (participação material).
- É possível o auxílio ao suicídio por omissão? Primeira corrente: não, em razão da expressão *prestar-lhe auxílio* do tipo, que indica ação (Magalhães Noronha). Segunda corrente: sim, desde que o omitente seja garantidor (art. 13, § 2º, do CP) – Nelson Hungria (prevalece esta corrente).
- O auxílio deve se limitar a acessórios, não entrando no campo da execução, sob pena de se transformar em homicídio.
- Quem instiga e, após, não ajuda a vítima arrependida, pratica homicídio.
- Havendo suicídio frustrado com arma de fogo, não se pune o suicida suposto por porte ilegal de arma.
- Admite-se dolo eventual. Não se pune a título de culpa. A participação culposa é caso de homicídio culposo ou omissão de socorro.
- Momento consumativo:

- a) Doutrina clássica: com o induzimento; com a instigação; com o auxílio (o resultado morte e lesão grave atuam como condição objetiva de punibilidade). Não se admite tentativa.
  - b) Doutrina moderna: o crime não se consuma com o induzimento, auxílio ou instigação. Consuma-se com a morte ou a lesão grave. Se a vítima não morre, o fato é atípico. Não se admite tentativa.
  - c) Cezar Roberto Bittencourt: não se consuma com o induzimento, com o auxílio ou com a instigação. Consuma-se somente com o resultado morte. Ocorrendo lesão grave, configura-se a tentativa.
- Vítima menor – pessoa menor de 18 anos, não incapaz. Sendo incapaz, o crime será de homicídio. Segundo a doutrina, a vítima menor deve estar entre 14 e 18 anos. Abaixo de 14 anos, presume-se a incapacidade, em analogia ao art. 224, do CP. Na verdade, trata-se de analogia *in malam partem*, embora prevaleça na maioria da doutrina.
  - Duelo americano: o vencedor responde pelo 122 (nesse caso, há o tiro em direção à cabeça, cada um com uma arma).
  - Roleta russa: o vencedor também responde pelo 122. Aqui, há apenas uma arma, com um projétil.
  - Pacto de morte ou ambicídio: duas pessoas combinam de se matar. A que sobreviver, agindo na execução, pratica homicídio. Quem não participa na execução e sobrevive, comete o crime do art. 122, tendo em vista a instigação mútua entre os que fizeram o pacto.

## INFANTICÍDIO

- Previsto no art. 123, do CP. Chamado pela doutrina de *forma de homicídio privilegiado*. Tempo: durante ou logo após o parto; psíquico: estado puerperal. São as especializantes que diferenciam o infanticídio do homicídio.
- Admite-se concurso de pessoas, tanto na co-autoria quanto na participação.
- Crime próprio, tanto passiva quanto ativamente (é o chamado *crime bi-próprio*). O sujeito ativo é a mãe, durante o parto ou logo após; passivo: filho nascente ou neonato.
- Se a mãe mata filho de outra, durante o estado puerperal, comete infanticídio por erro contra a pessoa (art. 20, § 3º, do CP).

- O crime consiste em parturiente matar o nascente ou neonato, durante ou logo após o parto (elemento temporal de suma importância). O *logo após* varia, pois a jurisprudência entende que ele dura enquanto perdurar o estado puerperal.
- Estado puerperal é o estado normal de desequilíbrio físico-psíquico da gestante. É imprescindível que a vontade de matar se origine do desequilíbrio físico-psíquico, para configurar o infanticídio (exposição de motivos do CP).
- Punido a título de dolo, não cabível o perdão judicial.
- Mãe que mata culposamente o filho, em estado puerperal: Primeira corrente: fato atípico, por falta de previsibilidade objetiva, a diligência mediana, devido ao estado puerperal. Segunda corrente: responde por homicídio culposo – o estado puerperal não lhe retira a capacidade de diligência mediana, sendo cabível, nesta hipótese, o perdão judicial.
- Consuma-se com a morte e admite tentativa.

## ABORTO

- Há quem diga que o correto seria *abortamento*, visto que *aborto* é o resultado do crime. É a interrupção da gravidez, destruindo o produto da concepção.
- Espécies de abortamento:
  - a) Aborto natural: interrupção espontânea da gravidez (fato atípico).
  - b) Aborto acidental: decorrente de quedas, traumatismos, etc. (fato atípico)
  - c) Aborto criminoso: arts. 124/127, do CP.
  - d) Aborto legal ou permitido: art. 128, do CP.
  - e) Aborto miserável ou econômico-social: praticado por razões de miséria, por impossibilidade financeira de sustentar a futura prole (não admitido no Brasil).
  - f) Aborto eugênico ou eugenésico: praticado para interromper vida extra-uterina inviável.
  - g) Aborto *honoris causa*: praticado para resguardar honra numa gravidez adúltera.
- Art. 20, LCP: pune quem anuncia substância abortiva.

- Art. 124, do CP:
  - a) Auto-aborto: crime de mão própria (não admite co-autoria) – a vítima é o Estado, para uma primeira corrente. Para uma segunda corrente, a vítima é o feto. Sendo gêmeos, para a primeira corrente há um só crime; para a segunda, é concurso formal de delitos.
  - b) Consentimento da gestante: o art. 29, do CP, traz a teoria monista, que é a regra (exceção: arts. 124/127, 333, 357, etc.) punido a título de dolo, admitindo-se dolo eventual (gestante que tenta se matar – ex. de Nelson Hungria). Consuma-se com a interrupção da gravidez, não importando se a morte ocorreu dentro ou fora do organismo materno, desde que em decorrência das manobras abortivas.
  - c) Admite-se a tentativa (crime plurissubsistente).
  
- Art. 125, do CP:
  - a) Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante – é o único abortamento inafiançável, sendo o mais grave, pois não tem o consentimento da gestante. É crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo é duplo: a gestante e o feto (dupla subjetividade passiva. Outro exemplo é o crime de violação de correspondência, que tem dois sujeitos passivos: o remetente e o destinatário). É punido a título de dolo.
  
- Art. 126, do CP:
  - a) Aborto com o consentimento da gestante – sujeito ativo é qualquer pessoa. Namorado que paga o médico para realizar abortamento na namorada é partícipe do art. 124, do CP. No caso do parágrafo único do art. 126, responderá pelas penas do art. 125, do CP (menor de 14 anos); é hipótese de não consentimento presumido. A consumação e a tentativa segue o mesmo dos artigos anteriores.
  
- Art. 127, do CP:
  - a) Só se aplica havendo lesão grave ou morte. A lesão leve fica absorvida.
  - b) O art. 127 limita-se aos arts. 125 e 126, pois o direito penal não pune a auto-lesão.

- c) Os resultados lesão grave e morte são culposos. Dolo no antecedente (aborto) e culpa no conseqüente (lesão grave ou morte) – preterdoloso.
  - d) Praticadas as manobras abortivas, mesmo assim o feto não morre, mas a mãe sim; neste caso o agente responderá: primeira corrente: aborto consumado qualificado pelo 127, do CP (porque é crime preterdoloso e este não admite tentativa). Segunda corrente: aborto tentado + 121, § 3º (homicídio culposo) – diz ser aberração chamar de consumado um aborto que não ocorreu. Terceira corrente: aborto tentado qualificado pelo 127, do CP (é a corrente que tem prevalecido).
- Art. 128, do CP:
    - a) Aborto permitido ou legal (art. 128, *caput*).
    - b) Art. 128, I – aborto necessário ou terapêutico. Praticado por médico (perigo de vida da gestante; inevitabilidade do abortamento). Se praticado por profissional que não é médico (enfermeiro, farmacêutico, etc) não é aborto necessário. Mesmo assim, o enfermeiro não responde pelo crime, aplicando-se em seu favor o art. 24, do CP (estado de necessidade). O perigo deve ser da vida da gestante e não somente da *saúde*. O abortamento deve ser inevitável e não apenas cômodo. Se assim for, o médico responde pelo crime. Dispensa-se autorização judicial.
    - c) Art. 128, II – aborto sentimental, ético ou humanitário. Praticado por médico, de uma gravidez resultante de estupro. Deve haver o consentimento da gestante ou responsável legal, quando incapaz. Se praticado por enfermeiro, este responderá pelo crime. Sendo o estupro presumido, para uma primeira corrente, se a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo, podendo ser aplicado o estupro presumido. Para uma segunda corrente, só se aplica ao estupro com violência real (a lei merece interpretação restritiva e fere a dignidade da pessoa humana). Prevalece a primeira corrente.
    - d) Se resulta de gravidez resultante de atentado violento ao pudor, para uma primeira corrente não cabe (trata-se de norma de exceção, merecendo interpretação restritiva, não admitindo analogia nem em favor do réu – Luiz Régis Prado, Flávio Monteiro de Barros e Heleno Fragoso). Para uma segunda corrente, cabe, pois há analogia *in bonam partem* (em favor do réu, que faz o aborto). Não há necessidade de boletim de ocorrência (BO), apesar do STF entender que sim.
  - Abortamento eugênico ou eugenésico (feto anencefálico):

- a) Não está permitido por lei.
- b) Projeto de lei permite (em tramitação no Congresso. *De lege lata* = de acordo com a lei existente; *de lege ferenda* = para o futuro poderá ser permitido).
- c) A doutrina entende ser fato típico lícito não culpável – é um injusto penal (inexigibilidade de conduta diversa).
- d) Jurisprudência: ADPF/STF permitiu o abortamento de feto anencefálico e suspendeu todos os processos criminais sobre o assunto (Min. Marco Aurélio). Contudo, o Pleno do STF entendeu que não se permitiria, em liminar, esse abortamento. Mas os processos foram mantidos suspensos. Por 7 x 4 entenderam que a ADPF é o meio adequado. Aguarda-se o julgamento do mérito.
- e) Argumenta-se tal abortamento com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CF). Também se argumenta com a Lei 9.434/97 (doação de órgãos) – não pacífico.

## FURTO

- Previsto no art. 155, do CP.
- Bem jurídico protegido: propriedade, posse e detenção legítimas.
- Sujeito ativo: qualquer pessoa (crime comum), salvo o proprietário da coisa (não existe furto de coisa própria).
- Subtrair herdeiro, condômino ou sócio é furto de coisa comum, dependente de representação (art. 156, § 1º).
- Subtração praticada por funcionário público contra a Administração será peculato-furto se for facilitada pelo cargo que ocupa. Se não foi facilitada (a subtração) pelo cargo, o furto será o comum, do art. 155, do CP, e não o do art. 312, § 1º, também do CP.
- Art. 155, do CP:
  - a) Subtrair (apoderar-se) – podendo ser direto ou indireto (quando a agente se vale de animais, por ex.).
  - b) Coisa (objeto economicamente apreciável). Nelson Hungria abrange, também, coisas de interesse moral. Se o cadáver for

subtraído para servir a interesse particular (aula de anatomia, por ex.) pratica furto.

- c) Coisa alheia (coisa de ninguém não é alheia – *res nullius*; coisa abandonada também não é alheia; coisa achada aplica-se o art. 169, parágrafo único, II, do CP – apropriação de coisa achada não devolvida em 15 dias: crime a prazo). Coisa pública de uso comum não pode ser objeto material de furto, pois é de todos, inclusive do criminoso. Se a areia da praia, p. ex., for utilizada para atividade econômica, pode configurar furto. Claro que uma quantidade considerável da areia da praia poderá configurar crime ambiental.
  - d) Coisa móvel (capaz de ser transportada de um lado para o outro, sem perder sua identidade). Deve haver dolo de se apoderar definitivamente da coisa. Por isso o furto de uso é atípico, por faltar o dolo caracterizador do crime, a vontade de apoderamento definitivo.
  - e) Consumação do furto. Primeira corrente: com a posse mansa e pacífica (teoria da inversão da posse) – prevalece na doutrina. Segunda corrente: com o apoderamento, dispensando posse mansa e pacífica – prevalece no STJ. Terceira corrente: com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima (liderada por Nelson Hungria). O crime de furto admite tentativa.
- Câmeras em supermercado faz do furto crime tentado ou impossível? Torna-se tentado, visto que a câmera apenas torna o meio relativamente ineficaz e não absolutamente.
  - Tentativa do furto no bolso que não havia dinheiro: se não havia dinheiro em nenhum dos bolsos, crime impossível; se havia dinheiro no outro bolso, tentativa (posição de Cezar Roberto Bittencourt) – a jurisprudência entende ser impossível em ambas as situações).
  - Segundo a teoria da inversão da posse (mansa e pacífica), há possibilidade de flagrante no furto? Somente no caso de flagrante presumido do art. 302, IV, do CPP, pois nesse caso, há a posse mansa e pacífica e é encontrado logo depois.
  - Repouso noturno é o descanso de um dia para outro, variando de local para local, dependendo do costume para se definir o início de tal repouso. A doutrina só entende que o crime será consumado no local onde as pessoas se repousam, dentro do imóvel. Para Cezar Bittencourt, o imóvel deve estar habitado e com as pessoas repousando. Para Magalhães Noronha, pode ser contra o imóvel, ainda que desabitado. Uma terceira corrente diz que pode acontecer o furto em imóvel habitado, mesmo que as pessoas não estejam repousando (posição do STJ, que prevalece).

- A majorante do § 1º do art. 155 do CP só se aplica ao *caput* (posição topográfica, voltando-se para o antecedente que, no caso, é o *caput* do art. 155).
- Furto privilegiado – art. 155, § 2º, do CP: também chamado *furto mínimo*, possui dois requisitos cumulativos: primariedade do agente (para uma primeira corrente, o que não ostenta qualquer condenação pretérita; para uma segunda corrente, o não reincidente, ainda que tenha condenação pretérita – prevalece esta última); pequeno valor da coisa (aquela que não suplanta um salário mínimo).
- É possível o furto qualificado privilegiado? Primeira corrente: se o furto é qualificado não se aplica o privilégio do § 2º - posição topográfica e a gravidade da qualificadora é incompatível com o privilégio (STF e maioria da doutrina). Segunda corrente: pode-se aplicar o privilégio mesmo no furto qualificado, pois é favorável ao réu (LFG e Cezar Bittencourt).
- Art. 155, § 3º, do CP: além de energia elétrica, são equiparados à coisa móvel as seguintes energias: mecânica, térmica, radioativa, genética (sêmen).
- Subtração de sinal de TV paga é furto? Primeira corrente: fato atípico (mero ilícito civil), pois merece interpretação restritiva (Cezar Bittencourt). Contudo, o STJ diz que é furto (aplica-se, também, à subtração de sinal de telefone).
- O furto de água, luz ou gás (*gambiarra*), caracteriza-se crime permanente.
- Art. 155, § 4º - qualificadoras:
  - a) Rompimento de obstáculo: o que existe entre o agente e a coisa a ser subtraída (inciso I). A violência sobre a própria coisa visada não qualifica o furto. Porém, o STJ diz que se o obstáculo vale mais do que a coisa visada, não há qualificadora (ex. quebra do vidro do carro pra furtar guarda-chuva que se encontra no seu interior). A violência deve ser empregada antes ou durante a execução do crime para aplicar a qualificadora. Violência empregada após a consumação caracteriza-se crime autônomo de dano. Cortar bolsa para subtrair carteira é furto simples, pois a bolsa não é obstáculo, mas meio de transporte (Fernando Capez). *Posição ridícula, diga-se de passagem.*
  - b) Abuso de confiança: decorre de relações de emprego, amizade ou parentesco entre o agente e o proprietário do objeto. A jurisprudência entende que o agente deve desfrutar de uma confiança incomum, não bastando mera relação de emprego. Diferenças entre abuso de confiança (art. 155, II) e apropriação indébita (art. 168, do CP): no furto, há dolo antecedente; na apropriação há dolo superveniente; no furto a posse é vigiada; na apropriação a posse é desvigiada.

- c) Mediante fraude: diferenças com o estelionato (art. 171, do CP): no furto, o agente, mediante fraude, retira da vítima a vigilância sobre a coisa, subtraindo o bem visado e a coisa sai da vítima para o agente, de forma unilateral; no estelionato o agente, mediante fraude, engana a vítima, fazendo com que esta lhe entregue a coisa espontaneamente e a coisa sai da vítima para o agente de forma bilateral.
- d) Mediante escalada: (art. 155, § 4º, II, 3ª parte) – qualquer uso de via anormal para adentrar o local do furto (inclusive construção de túnel). A jurisprudência exige do agente um esforço comum. Escalar um poste, segundo a jurisprudência, não configura o furto mediante escalada, pois é comum escalar um poste (*posição incrível!*). Para esta modalidade de furto exige-se perícia, para uma corrente. Para outra, dispensa-se perícia, pois não deixa vestígio. Uma terceira corrente diz que exige-se perícia, desde que deixe vestígio.
- e) Destreza: (art. 155, § 4º, II, 4ª parte) – habilidade física e manual peculiar do agente, que pratica o crime sem que a vítima perceba que está sendo despojada dos seus bens (ex. batedor de carteira). A jurisprudência exige que o bem visado esteja em contato com o corpo da vítima. Mesmo que terceiros percebam, haverá a qualificadora. É possível a tentativa de furto qualificado pela destreza (quando terceiros percebem e impedem o crime).
- f) Chave falsa: (art. 155, § 4º, III) – todo instrumento com ou sem formato de chave, capaz de abrir fechaduras (ex. gazuas, grampos, pregos, cabide, pé-de-cabra, chave micha, etc.). A chave verdadeira, segundo Magalhães Noronha, obtida mediante fraude, configura a qualificadora, mas esse não é o entendimento que prevalece.
- g) Concurso de pessoas: (art. 155, § 4º, IV) – para Nelson Hungria, no número mínimo de duas pessoas, não se computa eventuais partícipes, apenas co-autores. Para outra corrente, o concorrente não precisa ser imputável ou identificável, bastando a prova do concurso, mas o STJ tem julgado excluindo a qualificadora no caso de concorrente menor ou inimputável.

- Observações: Uso de embalagens falsas (fraude na troca de embalagem) é furto mediante fraude; o falso *teste drive* configura-se furto mediante fraude, pois a entrega do veículo é mediante posse vigiada, embora haja divergência, dizendo ser estelionato. Mas prevalece a primeira posição.
- Art. 155, § 5º: aumento da pena mínima – furto de veículo automotor enviado para o exterior ou para outro Estado. Maximiliano Fúher diz que não in-

clui o DF, sob pena de analogia *in malam partem*. Mas prevalece que está abrangido o DF como Estado. Em caso de perseguição, se a prisão acontece na fronteira, o crime é considerado tentado, pois não teve a posse mansa e pacífica da coisa. Aplica-se para todos que concorreram para o furto e não para os que a ele aderiram após sua consumação (esses respondem por receptação ou favorecimento real). No concurso de qualificadoras aplica-se apenas a mais grave. A menos grave servirá como circunstância judicial desfavorável (art. 59, do CP).

## ROUBO

- Previsto no art. 157, do CP. É um crime complexo = art. 146, do CP (liberdade de ir, vir e ficar + integridade física + furto).
  - Estrutura:
    - a) Art. 157, *caput* – roubo simples próprio.
    - b) Art. 157, § 1º - roubo simples impróprio.
    - c) Art. 157, § 2º - causas de aumento.
    - d) Art. 157, § 3º - qualificadoras.
    - e) Art. 157, § 3º, *in fine* – roubo seguido de morte (latrocínio).
  - Sujeito ativo: qualquer pessoa, salvo o proprietário da coisa. O proprietário que subtrai coisa sua que está na posse legítima de outrem pratica o crime do art. 345/346, do CP.
  - Vítima: proprietário, possuidor, detentor ou qualquer pessoa contra quem se empregou a violência ou grave ameaça.
  - Art. 157, *caput* – roubo simples próprio. O agente emprega:
    - a) Violência
    - b) Grave ameaça
    - c) Qualquer outro meio (ex. hipnose, uso de psicotrópico, etc.).
- Obs. A subtração e subsequente, no roubo simples próprio.
- O roubo próprio consuma-se, para uma primeira corrente, com o apoderamento da coisa, dispensando a posse mansa e pacífica (posição do STF). Para uma segunda corrente, consuma-se com a posse mansa e pacífica da coisa (*teoria da inversão da posse*). Em qualquer corrente, é sempre possível a tentativa.

- Art. 157, § 1º, do CP – roubo simples impróprio: este crime é, na verdade, um furto que se transformou em roubo. Há, antes, a subtração, depois a violência ou grave ameaça com o fim de assegurar o crime. A subtração é antecedente. O apoderamento é pressuposto do roubo impróprio. A violência e a grave ameaça devem ser empregadas até a consumação por subtração. Se empregadas após a consumação, serão crimes autônomos.
- O roubo impróprio consuma-se com o apoderamento, seguido da violência ou grave ameaça. Quanto à tentativa, uma primeira corrente não a admite, pois a simples tentativa de violência ou grave ameaça já configura violência. Uma segunda corrente admite a tentativa quando o agente é impedido de agredir a vítima (prevalece a primeira corrente).
- Existe roubo de uso? Não, para a maioria da doutrina. Não é considerado fato atípico, como no furto. Se roubar para usar, pratica-se o crime. A minoria diz que no roubo de uso há apenas o constrangimento ilegal, desaparecendo o furto integrante.
- O STF e o STJ não admitem o roubo privilegiado.
- Admite-se arrependimento posterior no roubo? Sim, quando o agente não usa de violência ou grave ameaça, mas utiliza-se de qualquer outro meio (Rogério Greco, Flávio Monteiro de Barros, LFG). Ou seja, no crime conhecido como *boa noite*, *Cinderela*, cabe arrependimento posterior. Para uma segunda corrente, não se admite o arrependimento posterior no crime de roubo (Mirabete, Luiz Régis Prado).
- Art. 157, § 2º - causas de aumento; majorantes. Aplicam-se tanto ao roubo simples próprio quanto ao impróprio:

I – para Luiz Régis Prado basta o agente demonstrar que está armado (porte ostensivo). Para Cezar Bittencourt é imprescindível o uso efetivo da arma (corrente que prevalece) – vide a expressão *exercida* do inciso I do art. 157.

Obs. Para uma primeira corrente, *arma* é o instrumento fabricado com finalidade bélica (ex. revólver). Para uma segunda corrente, é todo instrumento com ou sem finalidade bélica, porém capaz de servir para ataque ou defesa (ex. faca de cozinha) – prevalece esta corrente. Simulacro de arma de fogo (arma de brinquedo) não mais gera o aumento, mas apenas a grave ameaça do roubo. A Súmula 174/STJ, que autorizava o aumento da pena nesse caso, foi cancelada, em respeito à teoria da imputação objetiva, pois a arma de brinquedo jamais vai gerar um risco proibido. Arma desmuniada ou inapta para disparo não gera o risco proibido, portanto não incide a causa de aumento. Não há idoneidade lesiva.

II – ver art. 155, § 4º, IV – concurso de pessoas. Aplica-se ao roubo.

III – vítima em serviço transportando valores para alguém. Se a vítima transporta valores seus, não incide a majorante.

Obs. *Valores*, no sentido que lhe quer empregar o inciso acima, para uma primeira corrente, limita-se a valores bancários. Para uma segunda corrente, é qualquer valor (ex. transporte de carga). O agente deve conhecer a circunstância do transporte de valores pela vítima, para configurar a majorante.

IV – ver art. 155, § 5º.

V – privação da liberdade: quando for necessário para garantir o sucesso do delito. No seqüestro, a privação da liberdade é desnecessária para garantir o sucesso do delito. Neste caso, há roubo em concurso com o seqüestro.

Obs. Roubo de cartão com privação da liberdade da vítima para sacar dinheiro: roubo + extorsão mediante seqüestro (art. 159, do CP) – não é posicionamento pacífico. A presença de mais de um inciso majorante, no caso concreto, aproxima a pena ao máximo do aumento (1/2) – orientação do STF.

- Art. 157, § 3º - qualificadoras: se da violência resulta lesão grave ou morte. Conclusões:

- a) O § 2º não incide no § 3º do art. 157. Não existe a possibilidade da qualificadora + as causas de aumento do § 2º.
- b) A lesão leve fica absorvida.
- c) Se da *ameaça* resulta lesão grave ou morte, não se aplica o § 3º. Neste caso, responderá por roubo + homicídio. Para quem adota a imputação objetiva, não aceita a morte como desdobramento normal da ameaça.
- d) Os resultados morte e lesão grave podem ser dolosos ou culposos (preterdolosos).
- e) Apenas o roubo qualificado pela morte é hediondo (latrocínio) - § 3º, *in fine*.

- **Latrocínio:**

- a) Neste crime, é imprescindível o fator tempo – *durante o assalto* + o fator nexa – *em razão do assalto*. A morte, no latrocínio, pode atingir terceira pessoa (ex. subtração de veículo com morte do passageiro). Se na subtração forem mortos o proprietário e o passageiro, uma primeira corrente entende que as várias mortes serão consideradas na fixação da pena (Cezar Bittencourt). Para uma segunda corrente, há concurso formal (tese do MP de SP).

- b) Se o assaltante mata o outro para ficar com o produto do crime, não é latrocínio, mas *homicídio qualificado pela torpeza*.
- c) O latrocínio é um crime contra o patrimônio, por isso não vai à Júri (Súmula 603, do STF).
- d) O latrocínio se consuma com a subtração da coisa e a morte da vítima.
- e) Quando a subtração é consumada e a morte é tentada, o latrocínio é tentado.
- f) Quando a subtração é tentada e a morte é consumada, o latrocínio é consumado (Súmula 610 do STF).

## ESTELIONATO

- Previsto no art. 171, do CP, tem como sujeito passivo qualquer pessoa, por ser crime comum. A fraude de que fala o tipo penal não pode ser confundida com aquela praticada pelo devedor contra o credor na falência (art. 168, da Lei de Falência).
- Vítimas: tanto o lesado no patrimônio quanto o enganado (ex. contra frentista de posto de gasolina). Se a vítima for incapaz de discernimento, aplica-se o art. 173, do CP. A vítima deve ser pessoa certa e determinada. Sendo indeterminada(s), há lei específica, a de n. 1.521/51, art. 2º, IX, que trata dos crimes contra a economia popular. Um exemplo de estelionato praticado contra vítimas indeterminadas se dá no caso de adulteração de taxímetro ou bomba de gasolina.
- Elementos estruturais do crime de estelionato:
  - a) Emprego de meio fraudulento: induzir a vítima a erro (o agente faz a vítima ter percepção errônea da realidade) e manter a vítima em erro (o agente, percebendo que a vítima erra, a mantém nesse estado). Mantém-se a vítima em erro pelos seguintes modos: artifício (utilização de aparato material ou objeto apto a enganar – ex. crachás falsos); ardid (conversa enganosa); c) qualquer outro meio (ex. omissão, silêncio).
  - b) Obtenção de vantagem indireta: essa vantagem deve ser, necessariamente, de natureza econômica (entendimento do STF). Cezar Bittencourt acha que pode ser qualquer vantagem. Se a vantagem for *devida*, o crime é do art. 345, do CP (exercício arbitrário das próprias razões). Sobre a *cola eletrônica*, uma primeira corrente diz ser fato atípico, pois não há vantagem econômica, não havendo, portanto, prejuízo alheio. Também não

configura o crime de falsidade ideológica, pois o candidato assinala a alternativa verdadeira na prova (art. 299, do CP) – Min. Sepúlveda Pertence, do STF. Para uma segunda corrente, trata-se de fato típico, visto haver vantagem, ainda que indireta (não pagar mensalidade) e há prejuízo (elimina outros candidatos à vaga). Há falsidade ideológica (assinala algo diverso do que assinalaria sem a obtenção da cola eletrônica) – Min. Carlos Ayres Britto, do STF.

c) Provocar prejuízo alheio: imprescindível o locupletamento, a vantagem e o prejuízo – crime de duplo resultado. Falsificar atestado do INSS para obter vantagem, por exemplo, é crime permanente, para o STF (possível tentativa). No caso de fraude bilateral, em que há má-fé tanto do agente quanto da vítima, uma primeira corrente entende que é irrelevante, permanecendo o estelionato. Uma segunda corrente entende que a lei não pode tutelar a má-fé da vítima, não havendo crime.

- **Estelionato + falsidade documental**: uma primeira corrente diz que o agente responde pelo estelionato + o falso, em concurso material, pois não há absorção, já que os crimes protegem bens diversos (patrimônio e fé pública). É material porque há duas condutas produzindo dois resultados (STJ). Uma segunda corrente diz que o agente responde pelo estelionato + o falso, em concurso formal, pois há uma só conduta, dividida em dois atos, produzindo dois resultados (STF e TRF/4ª Região). Uma terceira corrente diz que o agente responde pelo crime de falso, que absorve o estelionato, por ser mais grave (TRF/2ª Região). Ainda uma quarta corrente diz que o agente responde pelo estelionato, que absorve o falso, quando este se esgota naquele (Súmula 17/STJ) - complemento da 1ª corrente.
- Art. 171, § 1º - estelionato privilegiado.
- Art. 171, § 2º - subtipos do estelionato (incisos I, II, III, IV, V e VI):

I – Sujeito ativo: qualquer pessoa que se passa pelo proprietário da coisa. O condômino, por exemplo, pode praticar este crime. Uma primeira corrente diz que o ladrão que vende o veículo furtado pratica apenas o furto, sendo o estelionato o *pós factum impunível*. Uma segunda corrente diz que o ladrão responderá por furto e estelionato (Francisco de Assis Toledo) – prevalece a primeira corrente. Os sujeitos passivos, por ser *crime de dupla subjetividade passiva*, são o real proprietário e o adquirente do bem. Os verbos trazidos nesse inciso I são taxativos. Na celebração de compromisso de compra e venda, por exemplo, há prática do crime do *caput* (se houver fraude). Há a consumação do estelionato, nesse caso do inciso, com o enriquecimento do agente e o conseqüente prejuízo da vítima, independentemente da tradição.

II – Vender coisa própria, sem que pudesse ser vendida: sujeito ativo é o próprio dono da coisa (crime próprio); sujeito passivo é quem sofreu a lesão patrimonial.

III – Defraudação de penhor: o sujeito ativo é o devedor, no contrato de penhor (crime próprio); o sujeito passivo é o credor (este é um crime bипróprio); consoma-se com a defraudação da garantia (alienação ou destruição da coisa pelo devedor, fazendo desaparecer a garantia).

Obs. Quem defrauda a penhora (não o penhor) pratica que crime? Se o devedor, defraudando a penhora, se colocou em estado de insolvência, pratica fraude à execução (art. 179, do CP); se o devedor mantém o estado de insolvência, será considerado apenas depositário infiel – prisão civil (o STF, recentemente, decidiu não ser constitucional a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária).

IV – Sujeito ativo: quem está juridicamente obrigado a entregar alguma coisa a alguém. O sujeito passivo é quem recebe a coisa adulterada: substância (ex. entregar cobre no lugar de ouro); qualidade (ex. entregar arroz de segunda como se de primeira fosse); quantidade (ex. falsear o peso).

Obs. O sujeito ativo não pode estar no exercício do comércio. Neste caso, o crime é o do art. 175, do CP (princípio da especialidade). Para muitos, o art. 175, do CP, foi revogado pelo CDC. A entrega de remédio falsificado configura o art. 273, do CP (crime considerado hediondo).

V – Recebimento indevido de seguro: o sujeito ativo é o favorecido em contrato de seguro; o sujeito passivo é a seguradora. É pressuposto do crime um contrato de seguro, vigente e válido. Se o contrato não estiver vigente ou for nulo, o crime será impossível. Quanto a integridade física, se o bem for relativamente disponível, quando houver lesão leve e não contrariar a moral e os bons costumes. Passa a ser indisponível quando houver lesão grave, contrariando a moral e os bons costumes.

Obs. Este estelionato do inciso V do art. 171 do CP é o único formal, consumando-se com a simples fraude, dispensando o enriquecimento do agente.

VI – Fraude no pagamento por meio de cheque: o sujeito ativo é quem, dolosamente, emite o cheque sem fundos ou frustra o seu pagamento. O sujeito passivo é o tomador.

Obs. Neste tipo de estelionato é indispensável má-fé (Súmula 246/STJ). Cheque pós-datado configura fraude civil e não penal. Contudo, comprovada a má-fé inicial, torna-se estelionato, mas na forma prevista no *caput*. Este estelionato consoma-se no local da recusa do pagamento do cheque (Súmula 521/STF). Pagamento do cheque antes da denúncia configura-se o arrependimento posterior? Antes da reforma de 1984/CP, não existia o benefício do arrependimento posterior, por isso veio a Súmula 554/STF. Depois disso, veio o art. 16, do CP, prevendo o arrependimento posterior, mas o STF ratificou a Súmula 554 para o estelionato, que extingue a punibilidade, portanto, mais benéfica. Se alguém, fraudulentamente, apropria-se de um cheque alheio e o

preenche ou emite cheque com conta já encerrada, pratica o estelionato do *caput*.

- Observações ao art. 171, § 3º, do CP – majorantes:
  - a) O Banco do Brasil não está abrangido pelo § 3º, pois é entidade de direito privado.
  - b) Súmula 24/STJ – contra entidade autárquica da previdência social (chame de qualificadora, mas é causa de aumento).

## RECEPTAÇÃO

- Crime previsto no art. 180, do CP.
- Delitos principais: não pressupõem outros para a sua existência (a regra do CP).
- Delitos acessórios: pressupõem outros para sua existência (ex. receptação; favorecimento pessoal; favorecimento real; lavagem de capitais – art. 1º, da Lei 9.613/98).
- Receptação dolosa simples – art. 180, do CP.
  - a) Sujeito ativo: qualquer pessoa (crime comum). Autor, coautor, partícipe do crime anterior, não pratica receptação. Não há receptação de coisa própria, salvo se a coisa estiver na justa posse de terceiros.
  - b) Sujeito passivo: é o mesmo do crime anterior (do crime que antecedeu a receptação).
  - c) Receptação do *caput*, 1ª parte: própria.
  - d) Receptação do *caput*, 2ª parte: imprópria.
  - e) Coisa produto de contravenção penal não gera receptação, nem tampouco os instrumentos do crime.
  - f) Coisa produto de ato infracional (praticado por menor): para Heleno Fragoso, não gera receptação; para a maioria, admite que gera a receptação, pois o ato infracional é a prática de um fato previsto como crime.
  - g) Adquirir o produto do crime já transformado, mas sabendo o adquirente desta transformação, pratica receptação.

- h) Há receptação de coisa imóvel? O STF entende que não, pois os verbos do art. 180 indicam apenas coisa móvel, embora seja, de fato, possível.
  - i) Toda receptação pressupõe um crime contra o patrimônio antecedente? Não, pode ser um crime anterior contra a Administração Pública, como o peculato-furto. Se o crime anterior for contrabando ou descaminho, há um tipo especial, o art. 334, do CP.
  - j) É possível receptação de receptação desde que a coisa conserve a qualidade delituosa.
  - k) Há dolo direto e implicitamente dolo eventual, para uma primeira corrente; para uma segunda corrente, há somente dolo direto (prevalece esta, encampada por Rogério Greco).
  - l) O dolo superveniente, para a maioria, não configura o crime de receptação. O dolo deve estar presente no momento da conduta. Nelson Hungria entende que há crime mesmo havendo dolo superveniente.
  - m) A receptação própria configura-se com a ocorrência do que o verbo indica, mas há consumação que se prolonga no tempo (transportar, conduzir, ocultar).
  - n) A receptação imprópria se consuma com a mera influência do terceiro – é crime formal.
  - o) A receptação própria, segundo a doutrina, admite a tentativa; a imprópria, não. Para alguns, na forma escrita, há tentativa na receptação imprópria.
- Art. 180, § 1º, do CP – receptação dolosa qualificada. O que justifica a qualificadora é o agente estar no exercício de atividade comercial ou industrial, tendo em vista a facilidade que encontra para repassar o produto do crime (passa a ser crime próprio). O comerciante de fato (camelô), pratica este crime (§ 2º do art. 180). O agente deve agir com *animus lucrandi* (que *deve saber* ser a coisa produto de crime: esta expressão, para uma primeira corrente, é indicativa de dolo eventual; para uma segunda corrente, é dolo direto para também abranger o dolo eventual – prevalece esta segunda corrente). É possível a tentativa.
  - Art. 180, § 3º, do CP – receptação culposa: natureza, desproporção entre o valor e o preço e condições de quem oferece a coisa (circunstâncias indicativas de negligência – alternativas e não cumulativas). Consuma-se com a aquisição ou recebimento da coisa produto de crime.

- Art. 180, § 4º, do CP: mesmo que o crime anterior tenha sua punibilidade extinta, permanece a receptação (art. 108, do CP).
- Art. 180, § 5º, do CP – benefícios:
  - a) 1ª parte: prevê o perdão judicial (exclusivo da receptação culposa). Necessária a primariedade do agente e circunstâncias demonstrando culpa leve. São requisitos cumulativos.
  - b) 2ª parte: para a receptação dolosa – privilégios do furto: primariedade do agente e pequeno valor da coisa. Requisitos cumulativos. Uma primeira corrente não admite o privilégio para a receptação qualificada, mas não prevalece, já que o legislador não previu isso, não cabendo ao intérprete fazê-lo.
- Art. 181, do CP – escusas absolutórias ou imunidade patrimonial absoluta: a natureza jurídica, para uma primeira corrente, é causa *especial* de extinção da punibilidade (Damásio de Jesus); para uma segunda corrente, é causa de *exclusão* da punibilidade (Frederico Marques).

I – O cônjuge separado de fato é abrangido pelo inciso I do art. 181 do CP. Na união estável, uma primeira corrente entende que não abrange o convivente, pois é norma de exceção, cabendo interpretação restritiva, sendo incabível *analogia in bonam partem* (Flávio Monteiro de Barros – prevalece no TACRIM-SP); uma segunda corrente entende que abrange o convivente na união estável, por *analogia in bonam partem* – prevalece.

Obs. A Lei de violência contra mulher não impede as escusas deste inciso.

II – Ascendente e descendente: isenta-se de pena, mas não estão abrangidos os afins em linha reta (sogra, sogro, etc.), nem os irmãos (colaterais).

- Art. 182, do CP – não são escusas, apenas muda o tipo de ação penal, que passa a depender de representação (ação penal pública condicionada);

I – Até a separação judicial, isento de pena; separados judicialmente, ação penal pública condicionada; divórcio, não há escusa.

II – Entre irmãos há escusa relativa.

III – Entre tio e sobrinho que coabitam. Mas o furto não precisa ocorrer sob o teto em que coabitam.

- Art. 183, do CP: causas de não aplicação das hipóteses trazidas nos artigos 181 e 182, do CP.

- Crime previsto no art. 213, do CP.
- Bem jurídico tutelado: liberdade sexual da mulher.
- Todo estupro é hediondo, seja simples ou qualificado, com violência real ou presumida.
- O sujeito ativo é o homem (crime próprio). A mulher pode praticar estupro? Pode, nas seguintes hipóteses:
  - a) Como co-autora, empregando violência ou grave ameaça.
  - b) Como partícipe, quando induz, instiga ou auxilia.
  - c) Como autora mediata, quando se vale de um inimputável para a prática do crime (A. Carvalho e LFG não admitem a mulher como autora mediata, pois o autor mediato deve reunir as condições do autor imediato. Neste caso, a mulher responderia por constrangimento ilegal).
  - d) Como autora imediata, adotando-se a *teoria do domínio final do fato* (autor não é apenas quem realiza o núcleo do tipo, mas quem domina a empreitada geral do crime).
- Sujeito passivo é a mulher, mesmo a prostituta. Roberta Close poderia ser vítima de estupro? Para uma primeira corrente, o que importa é o gene, não bastando parecer mulher. Não admite o estupro. Para uma segunda corrente, poderia sim ser vítima de estupro.
- É possível estupro de hermafrodita? Depende do sexo preponderante. Se o feminino, pode ser vítima de estupro. Se o masculino, não. O que importa é a preponderância psicológica da vítima. Vale o que ela acha que é.
- Marido pode estuprar a mulher? Nelson Hungria dizia que não, pois estaria no exercício regular de direito. Hoje, é pacífico que o marido pode praticar estupro, inclusive é tido como violência doméstica. É exercício *irregular* de direito.
- E se a mulher força o homem a manter com ela conjunção carnal? Comete constrangimento ilegal.
- O estupro consiste em homem constranger mulher através de violência ou grave ameaça, visando conjunção carnal. A violência pode ser real ou ficta (presumida). Real é o efetivo emprego de força física. A ficta é presumida pela lei, quando a vítima se encontrar em alguma circunstância do art. 224, do CP: não maior de 14 anos; alienada, débil mental, do conhecimento do autor; sem capacidade de oferecer resistência (ex. embriaguez). Essas presunções,

segundo a doutrina, são absolutas. Mas é crescente a jurisprudência que entende serem as presunções relativas.

- Grave ameaça: a doutrina clássica analisa o *homem médio*, para se saber se houve grave ameaça; a doutrina moderna analisa o caso concreto, espancando o conceito de *homem médio*.
- A vítima, percebendo que será estuprada, oferece camisinha ao agente, prevalece o estupro? A jurisprudência de Minas Gerais entende que não há estupro, pois desaparece a resistência.
- É possível estupro por omissão imprópria do garante ou garantidor.
- É punível, a título de dolo, acrescido da finalidade de satisfazer a própria lascívia, para uma corrente minoritária. Para a maioria, basta o dolo, sem importar a finalidade visada.
- Consuma-se com a introdução do pênis na vagina, ainda que parcial. Possível a tentativa.
- Estupro em continuidade delitiva: primeira corrente diz que é possível, desde que em face da mesma vítima; uma segunda corrente diz que sim, ainda que em face de vítimas diversas. Antes da reforma de 84, prevalecia a primeira. Hoje, prevalece a segunda (parágrafo único do art. 71 do CP).

#### ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- Previsto no art. 214, do CP. Diferenças em relação ao estupro:
  - a) No estupro o sujeito ativo é o homem; no atentado é qualquer pessoa. No estupro a mulher pode ser co-autora, partícipe ou autora mediata.
  - b) O sujeito passivo no estupro é sempre a mulher; no atentado pode ser tanto o homem quanto a mulher.
  - c) Estuprar é constranger alguém à prática de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; atentar violentamente contra o pudor é constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal.
- Analisa-se as condições pessoais da vítima (não se fala em homem médio), para se constatar o constrangimento ou grave ameaça.

- O contato físico é dispensável (ex. vítima se masturba enquanto o réu observa, para satisfazer a lascívia – posição da maioria). A minoria entende indispensável o contato físico. O STF segue a primeira corrente.
- Pune-se a título de dolo, sem finalidade especial (não importa se agiu por amor, ódio ou para satisfazer a lascívia). Consuma-se com a prática efetiva do ato visado e admite a tentativa.
- Beijo roubado (lascivo) – de acordo com a jurisprudência, é *meio* ofensivo ao pudor, salvo se meio para outros atos libidinosos.
- Não há continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor (não são da mesma espécie, mas do mesmo gênero).
- Vide art. 223, do CP. Os resultados devem ser culposos. Se dolosos, haverá concurso entre o 213 ou 214 e 129 ou 121.
- Causa de aumento – art. 226, do CP:
  - a) Antes da Lei 11.106/05, aumentava-se a pena de  $\frac{1}{4}$  se houvesse concurso de pessoas (inciso I); se pai adotivo, etc. (inciso II).
  - b) Depois da Lei 11.106/05, excluiu-se o pai adotivo e acrescentou o tio, cônjuge e companheiro – o aumento é, agora, de  $\frac{1}{2}$  (metade). Acrescentou, também, madrasta (inciso II do art. 226).
  - c) Fato praticado antes da Lei 11.106/05, mas processado após a referida Lei: prevalece o aumento de  $\frac{1}{4}$ ; o pai adotivo prevalece, pois é ascendente e isto já era previsto; no caso do inciso III, retroage.
  - d) Regra: ação penal de iniciativa privada. Exceções: pobreza da vítima (ação penal pública condicionada à representação – art. 225, § 1º, I). Será pública incondicionada quando houver abuso do poder familiar (antes era pátrio poder) ou de qualidade de padrasto, tutor, curador, companheiro (art. 225, § 1º, II).

## CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Capítulo I – crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública – crimes funcionais (arts. 312 a 327, do CP).
- Capítulo II – crimes praticados por particulares contra a Administração Pública (arts. 328 a 337-A).

- Capítulo II-A – crimes praticados contra a Administração Pública estrangeira (equivoco) – na verdade, trata-se de crimes contra a credibilidade das transações comerciais internacionais (arts. 337-B a 337-D).
- Capítulo III – crimes contra a Administração da Justiça (arts. 338 a 359).
- Capítulo IV – crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H).
- Crimes funcionais – Capítulo I: praticado por funcionários públicos contra a Administração em geral – *sempre* o sujeito ativo é funcionário público e o passivo é a Administração Pública, podendo com ela concorrer um particular, eventualmente. Admite concurso de pessoas (crime próprio). Todo crime funcional importa improbidade administrativa (art. 11, da Lei 8.429/92) – fere o princípio da legalidade. Mas nem todo ato ímprobo gera crime funcional.
- Estão sujeitos à extraterritorialidade incondicionada – art. 7º, I, 'c', do CP.
- Há duas espécies de crimes funcionais:
  - a) Propriamente ditos (próprios) – faltando a condição de servidor do agente, o fato passa a ser atípico. Caso de atipicidade absoluta.
  - b) Impropriamente ditos (impróprios) – faltando a condição de servidor do agente, deixa de ser crime funcional, passando a ser crime comum. Caso de atipicidade relativa (ex. art. 312).

Obs. O art. 327, do CP, traz o conceito de funcionário público para fins penais (conceito típico). A exposição de motivos é interpretação doutrinária.

- Exerce função pública: jurado, mesário, estagiário, antigo síndico de falência (hoje, administrador judicial, que não exerce função pública, mas *encargo público*, assim como o tutor dativo, curador dativo, inventariante dativo, advogado dativo – para este último, em São Paulo, há tese de que se trata de funcionário público, com julgado no STJ).
- § 2º - aumento de pena: órgão da Administração direta, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas. Não abrange a autarquia.
- Prefeito, governador e presidente exercem função de direção da Administração direta – o STF, por 6 votos a 5, assim entendeu, sendo passível de aumento previsto no § 2º.

- Estrutura:
  - a) Art. 312, *caput*, 1ª parte: peculato-apropriação (peculato próprio).
  - b) Art. 312, *caput*, 2ª parte: peculato-desvio (peculato próprio).
  - c) Art. 312, § 1º: peculato-furto (peculato impróprio)
  - d) Art. 312, § 2º: peculato culposo.
  - e) Art. 313: peculato-estelionato.
  - f) Art. 313, A e B: peculato-eletrônico (Lei 9.983/00).
  
- **Peculato próprio:** o particular pode concorrer, desde que conheça as qualidades funcionais do sujeito ativo. Se não tiver ciência, é apropriação indébita (art. 168, do CP).
  
- Presidente de sindicato, embora não seja funcionário público, pratica peculato, de acordo com o art. 552, da CLT, que o equiparou. O STF entende que esse artigo não foi recepcionado pela CF, pois sindicato é entidade privada (o art. 552 foi elaborado no calor da ditadura, quando os sindicatos eram braço do Estado).
  
- Se o sujeito ativo for prefeito, vide o Decreto-Lei 201/67 – princípio da especialidade.
  
- Contra o sistema financeiro, o peculato é regulado pela Lei 7.492/86 – princípio da especialidade.
  
- **Peculato-apropriação** – pressupostos:
  - a) O funcionário público tem que ter posse da coisa. A detenção, para uma corrente, também é posse, pois no Direito Penal é ela utilizada no sentido amplo. Para uma segunda corrente, o Direito Penal, quando fala em posse, é somente posse, não abrangendo a detenção (vide art. 168, do CP) – é a corrente mais aceita no STJ. Se houver a detenção, será peculato-furto e não peculato-apropriação.
  - b) Posse *em razão do cargo* (nexo funcional). Não confundir com expressão *por ocasião do cargo*. Neste caso, haveria, no máximo, apropriação indébita.
  
- **Peculato-desvio:** tem os mesmos pressupostos do peculato-apropriação, mas o agente dá destinação à coisa. Não confundir com o crime previsto no art. 315 (emprego irregular de verbas), pois neste o desvio é de verbas ou rendas públicas e no peculato-desvio a finalidade é privada, enquanto no caso do

art. 315, a finalidade do desvio mantém a destinação pública (ex. desvio de verba da educação para a construção de memorial comemorativo).

- Nos crimes contra a Administração Pública não se fala em princípio da insignificância (STJ). Mas o STF entende que nesses crimes também se aplica o princípio da insignificância.
- Apropriação com ânimo de uso: se o bem é consumível, haverá crime; se não, não, sendo o fato considerado atípico (ex. furto de veículo da Administração, mão-de-obra etc.); embora seja atípico, o uso de bens não consumíveis não deixam de ser *ato ímprobo* (Lei 8.429/92). O Decreto-Lei 201/67 diz que, quando se trata de prefeito, não importa se o bem é, ou não, consumível, havendo sempre crimes.
- Consuma-se o peculato-apropriação quando o agente age como se dono fosse da coisa; consuma-se o peculato-desvio quando a coisa é destinada a outro fim. Admitem tentativa.
- **Peculato-furto:** é, na verdade, um furto com algumas especialidades. O agente não tem a posse da coisa, mas se vale da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.
- **Peculato-culposo:**
  - a) É o único crime funcional culposo. O funcionário, por negligência, permite que outrem pratique a subtração. Quem pratica o crime age dolosamente, não havendo concurso de pessoas, por faltar homogeneidade subjetiva. O crime praticado por outrem deve ser o peculato? Para uma primeira corrente, o crime deve ser um peculato doloso (prevalente); para uma segunda corrente, o crime de outrem pode ser qualquer crime.
  - b) Consuma-se no momento em que se perfaz o crime de outrem.
  - c) Não admite tentativa, por ser culposo.
  - d) Se o crime é reparado até a sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade; se repara depois da sentença recorrível, diminui a pena de metade (neste caso, a competência é do juiz da execução).
  - e) Se o peculato for o doloso, poderá valer-se do arrependimento posterior do art. 16, do CP (há doutrina e jurisprudência que não admite o arrependimento posterior que não nos crimes patrimoniais).
- **Peculato-estelionato:** aqui o agente tem a posse da coisa, mas essa posse é ilegítima, ao contrário do peculato-próprio (art. 312, *caput*), onde a posse é le-

gítima. O erro de outrem deve ser espontâneo e não provocado por funcionário.

- Art. 313-A:
  - a) Sujeito ativo: funcionário autorizado, admite concurso de pessoas.
  - b) Sujeito passivo: Administração em geral, podendo concorrer o particular.
  - c) Condutas puníveis: inserir ou facilitar a inserção ou alterar ou excluir *dados* do sistema (objeto material).
  - d) Tipo subjetivo: dolo + finalidade específica.
  - e) Consumação: crime formal, bastando a prática da conduta. Admite tentativa.
  
- Art. 313-B:
  - a) Sujeito ativo: funcionário público, em sentido amplo.
  - b) Sujeito passivo: Administração em geral.
  - c) Condutas puníveis: modificar ou alterar o próprio *sistema* ou *programa* que armazena os dados.
  - d) Tipo subjetivo: o dolo, sem finalidade específica.
  - e) Consumação: crime formal. Admite tentativa.
  - f) Parágrafo único: se causar dano, o crime é majorado.
  
- Art. 316 – Concussão:
  - a) Sujeito ativo: funcionário público, no exercício da função ou fora dela, mas em razão dela; também o particular, antes de tomar posse (*carteirada* com Diário Oficial). Se for fiscal de rendas, é crime contra a ordem tributária (art. 3º, II, da Lei 8.137/90); se policial militar, aplica-se o art. 305, do CP.
  - b) Consiste o crime em exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente (explícita ou implicitamente), vantagem indevida.
  - c) O funcionário precisa ter o real poder de cumprir o que prometeu. (Obs. Médico atendendo pelo SUS, embora haja confusão na jurisprudência, se *exige* dinheiro, pratica concussão; se

o médico *solicita* adicional, pratica corrupção passiva; se ele *engana* o paciente, dizendo que o SUS não cobre o atendimento, ele pratica estelionato - a competência para tais crimes é da Justiça Estadual, segundo o STJ).

- d) Punível a título de dolo + atividade específica.
  - e) Consuma-se com a mera exigência – crime formal.
  - f) Admite tentativa na *carta concussionária interceptada*.
- Art. 317 – Corrupção passiva:
    - a) Sujeitos: os mesmos da concussão. Se fiscal de rendas, o crime é o do art. 3º, II, da Lei 8.137/90; se o corrupto for testemunha, art. 342, § 1º, do CP e também perito oficial. Policial militar corrupto, art. 308, do CPM (*receber* ou *aceitar* promessa de vantagem, não incluindo o *solicitar* – neste caso aplica-se o art. 317, do CP).
    - b) Vítima: a Administração em geral, podendo ser o particular. Não é crime bilateral, mas unilateral.
    - c) Na corrupção ativa (art. 333, do CP), os verbos são *oferecer* e *prometer*, pois a corrupção parte do corruptor, por isso é ativa. Contudo, no art. 337-B, corrupção ativa de funcionário estrangeiro, pune-se o verbo *dar*, assim como o art. 347 (corrupção ativa de testemunha, etc.). Na corrupção ativa do art. 333 quem dá é a vítima; nos 337-B e 347 quem dá é o corruptor.
    - d) Crime punido a título de dolo + finalidade específica.
    - e) Só admite tentativa no *solicitar por escrito*.
  - Art. 317, § 2º - corrupção passiva privilegiada:
    - a) Nada mais é do que o famigerado *favor administrativo*.
    - b) Não se confunde com *prevaricação* do art. 319, pois nesta o retardamento é para favorecimento pessoal.
    - c) No art. 317, § 2, cede a pedido ou influência de outrem para satisfazer interesse de outrem.
    - d) No art. 319, a prevaricação é espontânea, sem atender a pedido ou influência de outrem, mas para atender interesse pessoal, ou sentimento pessoal.

## PROCESSO PENAL

### INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A investigação preliminar pode ser feita pela polícia civil, polícia federal, polícia militar, nos crimes militares.

**Exceções:** desde que haja lei, qualquer outro ente pode investigar: autoridades administrativas (sindicância); COAF – Conselho de Atividades Financeiras; Fisco (crimes tributários); INSS (crimes previdenciários); CPI; Corregedorias de Justiça; IBAMA (crimes ambientais), etc.

#### **O Ministério Público pode investigar crimes?**

De acordo com o STJ, sim. Pela antiga jurisprudência do STF, não. A atual tendência do Supremo é positiva (vide Inquérito nº 1968). No momento (14/03/2007), está de 3 a 2 (faltam 6 votos) – vista com o ministro Cezar Peluzzo.

#### **O membro do MP que preside a investigação pode denunciar?**

Pode, segundo a Súmula nº 234, do STJ.

#### **Juízes podem presidir investigação?**

Sim, em duas hipóteses: os próprios membros da Magistratura e os que têm competência originária.

**Exceção:** os membros do MP não são investigados por juízes, mas pelos seus próprios pares; crime falimentar não é mais presidido por juiz; crime organizado não é investigado por juiz (O STF julgou inconstitucional o art. 3º, da Lei dos Crimes Organizados).

Investigações particulares não são permitidas pela lei brasileira, pois os investigadores não têm poderes de autoridade (é até tolerada, mas não tem validade) – os jornalistas, por exemplo, costumam investigar. O material deve ser enviado, ou para a polícia, ou para o MP.

**Juizado de instrução:** não existe no Brasil. É a possibilidade do juiz presidir a investigação, como acontece na Espanha e na França.

**Processo judicialiforme:** permitia que juiz e delegado iniciassem a ação penal (não há mais essa possibilidade).

#### **Funções da polícia:**

- 1) Função investigativa.
- 2) Função de polícia judiciária (quando auxilia juiz ou promotor).

- 3) Função ostensiva.
- 4) Função protetiva (guarda civil metropolitana).

Obs. O controle externo da polícia é exercido pelo Ministério Público. A polícia investiga, ou por Inquérito, ou por TCO – Termo Circunstanciado de Ocorrência, no caso de infração de menor potencial ofensivo (pena máxima de até 2 anos).

## **INQUÉRITO POLICIAL**

Tem por objetivo apurar o crime e sua autoria; destina-se, em regra, ao MP para o oferecimento da denúncia; também serve para medidas cautelares; presidido pela autoridade policial; o Inquérito contra autoridade policial é presidido por outra autoridade policial superior.

### **Características do IP**

- 1) Peça meramente informativa (administrativa). Se o vício do IP compromete a própria essência do fato, ele é nulo (vide HC-394.321/SP).
- 2) Dispensável – se o MP conta com documentos suficientes, dispensa-se o IP.
- 3) Peça escrita – não existe IP oral.
- 4) Sigiloso – ninguém tem acesso ao IP (art. 20, do CPP). Exceção: o juiz do caso; o MP do caso; o advogado (Estatuto da Advocacia), independente de procuração. Se houver quebra de sigilo, nesse caso o advogado necessita de procuração para ter acesso apenas àquilo que for objeto do sigilo (telefônico, fiscal, bancário, etc.), do seu cliente.
- 5) Inquisitivo – não permite o contraditório e a ampla defesa (permite a defesa). Não é possível alegar suspeição de autoridade policial. Exceções: o IP que permite ampla defesa é o administrativo, para apurar responsabilidade de servidor, assim como o IP para decretar expulsão de estrangeiro.
- 6) Princípio da inquisitividade regrada: tudo o que se fizer no IP deve ter base legal.
- 7) Oficialidade: presidido por Órgão oficial.
- 8) Obrigatoriedade: na ação pública incondicionada é obrigado a investigar.
- 9) Indisponibilidade: não pode a autoridade policial arquivar o inquérito.

### **Valor probatório do IP**

Vale como base para a futura ação penal. Exceções: prova na polícia que vale na ação. Há atos investigatórios e probatórios (perícia). É impossível condenar alguém só com base na prova policial.

### **Início do IP**

- Ação pública incondicionada: por portaria da autoridade policial; auto de prisão em flagrante; requisição do juiz e do MP e requerimento da vítima. Quando o requerimento da vítima é indeferido cabe recurso administrativo para o chefe de polícia (Delegado-Chefe de Polícia ou Secretário de Segurança Pública ou, ainda, Diretor-Geral de Polícia).
- Princípio da insignificância: nesse caso, o delegado deve lavrar um TC (Termo Circunstanciado) – analogia ao procedimento adotado nos Juizados; não cabe prisão em flagrante nesses casos de insignificância, pois o fato é atípico (vide HC 84412).
- Ação pública condicionada: mediante representação da vítima (*delatio criminis postulatória*).
- Ação penal privada: só mediante requerimento da vítima.

### **Art. 6º, do CPP – principais diligências investigatórias:**

- 1) Ir ao local do crime (no caso de acidente de trânsito, pode remover pessoas e veículos).
- 2) Apreende instrumentos do crime; ouve o ofendido; ouve o indiciado.
- 3) Reconhecimento de pessoas e coisas.
- 4) Determina perícias.
- 5) Identifica o indiciado.
- 6) Exame da vida pregressa.

Obs. Busca domiciliar não pode ser feita por ordem de delegado, nem o incidente de insanidade mental. A condução coercitiva pode ser autorizada por delegado, assim como também pode o juiz. O MP só pode requisitar a condução coercitiva à autoridade policial. Também é possível a condução coercitiva para reconhecimento de prova. No IP o delegado pode determinar a reconstituição do crime, salvo quando contraria a moralidade pública. O indiciado não é obrigado a participar da reconstituição, nem mesmo ir ao local.

### **Do indiciamento**

O indiciamento consiste em atribuir a autoria de um fato a alguém. Duas espécies:

- 1) Direto: quando o indiciado está presente.
- 2) Indireto: quando o indiciado é foragido.

**Conseqüências:**

- a) Alteração da situação jurídica do indiciado.
- b) Interrogatório (inquisitivo) – advogado não participa, mas pode assistir.
- c) Menor de 21 anos, no interrogatório, não se nomeia curador.
- d) Apuração da vida pregressa.
- e) Identificação criminal (fotográfica e dactiloscópica) – antes de 1988 todos podiam ser identificados; agora, o civilmente identificado não está obrigado, salvo se previsto na lei.

**ECA – dúvidas sobre a identidade do menor – art. 5º, da Lei do Crime Organizado (Lei 10.054/2000):**

- 1) Pessoas não civilmente identificadas são criminalmente identificadas, obrigatoriamente.
- 2) Quando houver dúvida sobre a identidade do sujeito.
- 3) Identificação criminal em alguns crimes, quais sejam, homicídio doloso, crimes patrimoniais violentos, receptação qualificada, crimes sexuais e falsificação de documento público.

Obs. Para o STJ, o art. 5º, da Lei do Crime Organizado, está revogado. Nas infrações de menor potencial ofensivo (TCO), não existe indiciamento.

**Incomunicabilidade do indiciado preso (art. 21, do CPP)**

- Decretada por juiz por três dias (o advogado tem acesso).
- Art. 21, do CPP não foi recepcionado pela CF, por força do art. 136, da CF.

**Prazo do IP**

- Preso, 10 dias.
- Solto, 30 dias.
- Na Polícia Federal: 15 dias, preso; 30 dias, solto.
- Na nova Lei de Tóxicos: 30 dias, preso; 90 dias, solto.
- Nos crimes contra a economia popular: 10 dias, preso; 10 dias, solto.

Obs. Na prisão temporária o encarceramento do preso dura 5 dias, em se tratando de crime comum e 30 dias, em se tratando de crime hediondo – nesses casos, o prazo

do IP continua sendo de 10 dia, para o preso e de 30 dias, para o solto. Estando o indiciado solto, permite-se a dilação do prazo.

### **Relatório final**

O delegado faz a classificação do crime, envia os autos a juízo (O MP pode oferecer denúncia, requisitar novas diligências, devolver à polícia e pedir arquivamento). Se o MP fundamenta a devolução do IP, o juiz não pode indeferir. Se o juiz indeferir, cabe correição parcial.

### **Arquivamento do IP**

- Na Justiça Estadual: quem arquiva é o juiz. O MP requer. Não pode arquivar de ofício. Só uma exceção: quando a Magistratura preside a investigação. A prescrição antecipada (virtual; em perspectiva) gera o arquivamento (somente aceita em São Paulo). Nos outros Estados, deve-se observar qual a posição da Procuradoria de Justiça.
- Quando o MP investiga membro do próprio MP é o MP quem arquiva (exceção à regra).
- Arquivamento implícito: quando, no momento da denúncia, o MP omite um co-réu ou um fato conexo, o STJ e o STF não admitem o arquivamento implícito. Devolve-se ao MP para aditar a denúncia e incluir o co-réu ou o fato conexo.
- Arquivamento indireto: quando o MP, em lugar da denúncia, declina da sua atribuição de denunciar, tendo em vista não ser matéria afeta ao juízo no qual oficia. Se o juiz discordar, aplica-se o art. 28, por analogia.
- Conflito de atribuição entre membros do MP estadual: resolve-se através do Procurador-Geral de Justiça.
- Conflito de atribuição entre MP de Estados diversos: resolve-se através do STJ (não é posição pacífica).
- Entre MP estadual e federal: resolve-se através do STF, conforme decisão recentíssima (antes era resolvido pelo STJ) – vide Petição nº 3528, do ministro Marco Aurélio.

### **Reabertura do IP arquivado**

Por falta de provas, pode-se reabrir; por decisão de mérito, não. No primeiro caso, resolve-se quando houver notícia de novas provas (vide Súmula 524, do STF). Constituem condição de procedibilidade específica. Do ato do juiz que arquiva IP não cabe recurso. Exceções:

- a) Lei de economia popular: recurso *ex officio* do próprio juiz que arquiva.

- b) Jogo do bicho e aposta de corrida de cavalos: arquivado o TC, quem noticiou o fato pode interpor recurso em sentido estrito.
- c) Na Justiça Federal se o juiz discordar do pedido de arquivamento, envia o IP a “câmara de coordenação e revisão”, formada por Procurador (funciona como um filtro). O Procurador não pode avocar IP, mas pode designar promotor para acompanhá-lo.

### **Cabe HC durante o IP?**

Sim, sobretudo para o trancamento do IP. Ex. fato atípico.

### **Prisão em flagrante de juiz ou MP: quem é designado para lavrar o flagrante?**

O próprio delegado, mas deve enviar tudo ao Presidente do Tribunal de Justiça, no caso do juiz, ou do Procurador-Geral de Justiça, no caso do promotor. Também no caso de prisão em flagrante de parlamentar, envia-se depois à Casa respectiva (Câmara ou Senado). É sempre bom lembrar que a prisão em flagrante de parlamentar só é possível em crimes inafiançáveis.

### **PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE – *Lex fori; locus regit actum.***

- O CPP é válido em todo o território nacional.
- O CPP é único.
- O CPP só vale no território brasileiro, com as seguintes exceções: se o país estrangeiro autorizar; no território *nullius* (sem dono; de ninguém); em território ocupado por guerra.
- Em todo processo penal, no Brasil, segue-se o CPP, com exceção das leis especiais (tóxico, imprensa, militar, eleitoral, etc.). O CPP, para tais leis, é subsidiário.
- Em todo crime ocorrido no Brasil, segue-se o CPP, porque ele é processado aqui. Exceções: imunidade diplomática (princípio da intraterritorialidade) e nos casos de julgamento do TPI – Tribunal Penal Internacional, sediado na Holanda.

### **EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO**

Art. 2º: princípio da aplicação imediata das leis processuais:

- 1) Leis genuinamente processuais – atos processuais, interrogatório, competência, etc.

- 2) Leis processuais com efeitos materiais – leis que refletem diretamente na liberdade (fiança; execução penal) – retroage para beneficiar, como as leis penais.
  - 3) Leis mistas (parte penal, parte processual) – há uma parte penal e outra processual (art. 366, do CPP ) – prepondera a parte penal. Segundo o STF, se a parte penal é mais severa, não retroage – o art. 366 é irretroativo.
- No CPP admite-se interpretação extensiva (art. 34, do CPP).
  - Admite-se interpretação analógica (quando a lei exemplifica e depois descreve uma cláusula aberta)
  - Admite-se a analogia (seja em *bonam* ou *in malam partem*).
  - Admite-se princípios gerais de direito.

## AÇÃO PENAL

Não há pena nem medida de segurança sem o devido processo legal (*due process of law*). Não há pena sem processo e não existe processo sem ação (princípio da iniciativa das partes ou da demanda). Não existe processo penal sem pedido da parte (*ne procedat index ex officio*). No Brasil o juiz não pode iniciar a ação penal (acabou o processo judicialiforme).

- Princípio acusatório: as funções de acusar, defender, julgar e executar são feitos por pessoas distintas, ao contrário do que era no princípio inquisitivo, em que o juiz exercia todas as funções.
- Direito de ação: é o direito de pedir a tutela jurisdicional, com base em um fato concreto (art. 5º, XXXV, da CF) – princípio da inafastabilidade da jurisdição; a jurisdição é indeclinável.
- Características do direito de ação:
  - a) É um direito público (o Direito Penal é público).
  - b) É um direito subjetivo (MP, na ação pública; vítima, na ação privada).
  - c) É um direito autônomo (independe do direito material).
  - d) É um direito abstrato (independe da procedência ou improcedência do pedido).
  - e) É um direito específico ou determinado (vinculado a um caso concreto).

f) É um instituto do direito processual penal. O CP cuida desse assunto (ação penal) porque o CP entrou em vigor primeiro (1941).

- Requisitos identificadores da ação penal:
  - a) Réu.
  - b) Causa de pedir.
- Do exercício do direito de ação. Precisa ser regular; condições da ação ou de procedibilidade: genéricas (exigem em todas as ações):
  - a) Possibilidade jurídica do pedido – o pedido de condenação deve ter por fundamento um fato criminoso (típico).
  - b) Legitimidade para a causa (*ad causam*) – MP, na ação pública; vítima, na ação privada (pólo ativo); pólo passivo: réu com 18 anos ou mais. Legitimidade extraordinária acontece quando há substituição processual (quando se postula em nome próprio em defesa de direito alheio – ex. o MP pode ingressar com ação civil *ex delicto* em favor da vítima pobre).
  - c) Interesse de agir: necessidade do provimento; adequação e utilidade.
  - d) Justa causa: *fumus boni iuris* = *fumus delicti* = prova do crime; indícios de autoria (provas mínimas).

Obs. A ausência de qualquer das condições conduz à carência de ação e, conseqüentemente, a rejeição da peça acusatória.

- Condições da ação específicas (exigidas em alguns casos):
  - a) Representação da vítima.
  - b) Requisição do Ministro da Justiça.
  - c) Licença do Congresso para processar deputado e senador.

Obs. A falta de uma gera a carência e rejeição da denúncia.

- Condições de procedibilidade: havendo morte do querelante, na ação privada, pode dar continuidade o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e irmão (forma uma sigla: CCADI), em 60 dias.
- Pressupostos processuais:
  - a) Existência do processo – existência de um órgão jurisdicional e uma demanda (pedido).

- b) Complemento de existência – requisitos do primeiro + partes.
  - c) Validade – competência do órgão, existência de coisa julgada e litispendência, imparcialidade do juiz, etc.
- Classificação da ação penal no Brasil (pública ou privada):
    - a) Pública incondicionada.
    - b) Pública condicionada.
    - c) Pública subsidiária da pública: art. 2º, do Decreto-Lei 201/67 – crimes de responsabilidade de prefeitos – iniciados por procurador de justiça e processado no TJ: se o MP não atua no prazo, pode-se pedir auxílio do Procurador-Geral da República. Se ele atuar, haverá a ação pública subsidiária da pública.
    - d) Exclusivamente privada.
    - e) Personalíssima (privada).
    - f) Privada subsidiária da pública.

Obs. A doutrina traz, como exemplo de *ação penal popular*, o *habeas corpus* – LFG discorda, pois o HC não é ação condenatória, mas libertária. No caso da Lei 1.079, que trata dos crimes de responsabilidade do presidente da República e outros agentes (Lei do *Impeachment*), LFG também discorda, pois tal lei não prevê crime. Segundo Eugenio Pacelli, trata-se de *infrações políticas*. Para relembrar, não existe ação penal adesiva no Brasil. O art. 100, do CP, traz critério para se saber quando a ação penal é pública ou privada. Pública é a regra.

#### ACÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

- Titularidade: MP, em regra. Exceção: privada subsidiária da pública.
- Princípios que regem a ação penal pública incondicionada:
  - a) *Ne procedat index ex officio* (o juiz não *inicia* ação penal de ofício).
  - b) Oficialidade: só o MP pode promovê-la (órgão oficial). Exceção: ação penal privada subsidiária da pública.
  - c) Obrigatoriedade ou legalidade processual: o MP é obrigado a denunciar – não tem discricionariedade. Quando há justa causa. Exceções: transação penal (Lei 9.099); acordo (*plea barning*) – nos EUA todo crime admite a-

cordo. No Brasil é possível (Lei n. 10.409/02, art. 37, IV – tóxicos) – está acabando essa possibilidade de *plea barning* na nova Lei de Drogas. No Brasil existe a chamada *delação premiada*; acordo de leniência (crimes econômicos); termo de ajustamento de conduta nos crimes ambientais – TAC.

- d) Indisponibilidade: o MP não pode desistir da ação. Pode pedir a absolvição no final, mas não pode desistir. Exceção: suspensão condicional do processo (Lei 9099).
  - e) Intranscendência: a ação penal não pode passar da pessoa do delinqüente.
  - f) Indivisibilidade: ou contra todos ou contra ninguém. O STF diz que esse princípio não vale na ação pública. A doutrina diz que, se existe prova contra mais de um réu, o MP pode *escolher* qual denuncia.
  - g) *Ne bis in idem* – não é possível segunda ação penal sobre o mesmo fato.
- Chegando o Inquérito Policial ao Ministério Público, ele pode tomar as seguintes providências:
    - a) Devolve o IP para providências imprescindíveis.
    - b) Pedir o arquivamento.
    - c) Requisitar diligências, ouvir pessoas.
    - d) Declinar da atribuição (arquivamento indireto).
    - e) Aguardar a iniciativa da vítima, na ação privada.
    - f) Oferecer denúncia, quando forma sua *opinio delecti*.
  - Requisitos da denúncia – art. 41, do CPP:
    - a) Exposição do fato criminoso (narrar o fato).
    - b) Identificação do denunciado. Em crimes de autoria coletiva é preciso individualizar a conduta de cada um. Caso contrário será a denúncia considerada genérica. O STF diz que, em regra, admite-se a denúncia genérica, desde que não impeça o exercício da defesa. O importante é a *identificação física* do denunciado (quando se tratar de pessoa incerta).
    - c) Classificação do crime (não vincula o juiz).
    - d) Rol de testemunhas (sob pena de preclusão).
    - e) Denúncia em vernáculo (língua portuguesa).

f) Peça acusatória subscrita pelo acusador (assinatura do MP).

Obs. Faltando requisito essencial, a denúncia será considerada inepta (inépcia formal). A diferença entre inépcia formal e material é que na formal falta requisito essencial; na material, falta justa causa. Nesses casos, cabe ao juiz rejeitar a denúncia. O prazo para denunciar é de 5 dias, se réu preso, e de 15 dias, se réu solto. Denúncia fora do prazo é mera irregularidade (não gera nulidade); quando houver excesso de prazo, revoga-se a prisão. Se o MP não denuncia, gera as seguintes conseqüências: se o acusado estiver preso, *pode* ser solto; pode gerar ação penal privada subsidiária da pública; pode gerar a perda do vencimento do promotor (art. 801, do CPP).

- Conexão entre ação pública e privada:
  - a) Forma-se o litisconsórcio ativo.
  - b) Denúncia alternativa (em regra, não pode).
  - c) Possível denúncia sem inquérito policial (ex. crimes fiscais).
  - d) Aditamento da denúncia: para suprir omissões, até o momento da sentença; para agregar fato novo; para incluir novo acusado. Depois da sentença não é possível atacar denúncia inepta. Ataca-se a própria sentença.
  - e) Assistente do MP só pode aceitar o libelo, jamais a denúncia. Mas pode requerer ao MP, para aditar a denúncia.
  - f) De acordo com o STF, o processo se inicia como recebimento da denúncia.

#### AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

- Titular: Ministério Público.
- O exercício dessa ação depende de uma condição específica de procedibilidade, daí o nome *condicionada* (representação da vítima; requisição do ministro da Justiça; licença da Câmara para processar presidente da República; licença da Assembléia para processar governador, etc.).
- Representação da vítima: ato de manifestação da vítima de que quer processar. Não é obrigatória, mas facultativa, vigorando o *princípio da oportunidade*. É condição específica de procedibilidade. É exigida quando a lei expressamente a menciona.

Obs. Nada da Lei 9.099/95 aplica-se à Lei de violência contra a mulher.

- Legitimidade para representar: vítima de 18 anos ou mais; menor de 18 anos: pais; quem tem a guarda; com quem ele vive ou, não existindo ninguém, nomeia-se curador; menor de 18 anos que se casa: nomeia-se curador ou aguarda a vítima completar 18 anos com suspensão da prescrição; vítima menor, o pai perde o prazo para representar: a vítima não mais pode representar quando completar 18 anos (decadência).
- Local da representação: perante o MP, a autoridade policial ou o juiz (inclusive no juizado). Quando a vítima morre, quem representa é o CCADI (cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão).
- Aspectos formais da representação:
  - a) Não se exige rigor formal.
  - b) Escrita ou oral (reduzida a termo).
  - c) Pessoalmente ou por procurador.
  - d) Não vincula o MP.
- Retratação da representação: é possível, até o oferecimento da denúncia, inclusive no juizado. A retratação da retratação é possível, desde que dentro do prazo decadencial de 6 meses, ou até o oferecimento da denúncia. Desde a Lei 9.099 admite-se *renúncia* à representação. Na Lei 11.340/06 (violência contra a mulher), a renúncia à representação só se admite perante o juiz em audiência especial (art. 16).
- Representação contra um só co-autor: o MP não pode denunciar os outros autores, por falta de uma condição de procedibilidade. Neste caso, é recomendável ouvir a vítima, para saber se ela quer representar contra os demais autores. Se a vítima renunciar em relação a um, é obrigado a renunciar contra todos (princípio da indivisibilidade da ação penal).
- Prazo: seis meses – decadencial; não se prorroga. Existem alguns prazos especiais, como na Lei de Imprensa, que é de 3 meses.
- Os princípios que regem a ação penal pública condicionada são os mesmos da incondicionada, lembrando apenas que na condicionada o ato é facultativo, vigorando o princípio da oportunidade.
- Requisição do ministro da Justiça:
  - a) Art. 7º, do CP.
  - b) Contra a honra do presidente da República.
  - c) Dirigida ao MP, que pode requisitar a abertura de IP.

- d) Natureza jurídica: ato administrativo; ato político regido pela oportunidade (não é obrigatório); e condição de procedibilidade; é facultativo.
- e) Prazo para o ministro requisitar: enquanto não prescrito o crime, o ministro poderá requisitar.
- f) Retratação: a lei não prevê, mas por analogia admite-se.

Co-autoria: mesma solução dada no caso da representação (*princípio da indivisibilidade*).

## AÇÃO PENAL PRIVADA

- Espécies:
  - a) Exclusivamente privada.
  - b) Personalíssima.
  - c) Subsidiária da pública.
- Titular: vítima ou representante legal. Possível a substituição processual (quando atua em nome próprio para defender direito alheio).
- A ação penal privada é caso de legitimação extraordinária.
- Exclusivamente privada: direito de queixa do CCADI.
- Personalíssima: o direito de queixa não se transmite, como no caso do art. 236, do CP.
- Exclusivamente privada: inicia-se por queixa-crime; peça acusatória (*notitia criminis*); os requisitos da queixa são os mesmos do art. 41, do CPP.
- Princípios da ação privada:
  - a) Oportunidade ou conveniência: prazo decadencial de 6 meses; inércia gera decadência; pode abrir mão do direito de queixa através de renúncia; ato unilateral da vítima, expressa ou tacitamente; o recebimento de indenização não significa renúncia, com exceção dos juizados; renúncia perante um, renúncia perante todos (*princípio da indivisibilidade*).
  - b) Princípio da disponibilidade: mesmo após apresentada a queixa, a vítima pode abrir mão da ação, através do perdão, da desistência (art. 522, do CPP). O perdão só vale na exclusivamente privada e na personalíssima; só cabe depois de iniciada a ação, até o trânsito em julgado. Não se admite retratação do perdão; o perdão é expresso ou tácito; pode ser exercido

pela vítima ou representante legal; bilateralidade: depende de aceitação do querelado, que pode ser expressa ou tácita (quando o querelado se cala, no prazo de 3 dias); perdão concedido a um co-réu estende-se a todos; perdão concedido por um querelante não prejudica a vontade dos demais; perempção é a morte da ação penal privada, em razão da negligência do querelante, nas seguintes hipóteses: deixa de promover o andamento do processo por 30 dias seguidos; falece o querelante e ninguém comparece para sucedê-lo no prazo de 60 dias (condição de *proseguibilidade*); querelante deixa de comparecer a ato que deveria estar presente; querelante deixa de pedir a condenação nas alegações finais; quando o querelante for pessoa que se extingue e não deixa sucessor. A morte da vítima extingue a punibilidade do réu, em uma *única hipótese*: na ação privada personalíssima (caso também de perempção).

- c) Princípio da indivisibilidade: ou processa todos ou não processa ninguém; a vítima não pode escolher o réu.
- d) Princípio da intranscendência: a ação não pode passar da pessoa do delinqüente.

- Legitimidade na queixa: a mesma da representação.
- Morte da vítima: o direito de queixa passa ao CCADI (com exceção da ação penal privada personalíssima).
- Aspectos formais da queixa:
  - a) Requisitos do art. 41, do CPP.
  - b) Oferecida pessoalmente ou por procurador.
  - c) Habilitação técnica indispensável.
  - d) Vítima pobre: nomeia advogado quando não existe defensor público.
  - e) Exigência peculiar: na procuração dada ao advogado é preciso uma síntese dos fatos (art. 44, do CPP). Sem tal exigência, o STF diz que o defeito pode ser sanado em qualquer tempo; mera irregularidade, não gera nulidade (HC 84397).
  - f) Diferentemente da ação pública, paga-se custas, salvo se beneficiário da justiça gratuita.
  - g) Há honorários advocatícios – STF e STJ.
  - h) MP na ação privada: *custus legis* (fiscal da lei) – ouvido em todos os atos; pode aditar a queixa pra ajustar aspectos formais, porém não para fato novo ou incluir réu.

## AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

- Cabível na inércia do MP.
- Não cabe quando o MP pede arquivamento, pois atuou.
- Prevista na CF (art. 5º, LIX).
- É facultativa: prazo de 6 meses (decadencial); se a vítima perder o prazo, o MP pode intentar ação.
- Poderes do MP na privada subsidiária: pode opinar pela rejeição da queixa, se for inepta; pode repudiar a queixa, discricionariamente, mas tem de oferecer denúncia substitutiva; se não repudiá-la, o MP funciona como *custus legis*, com amplos poderes instrutórios, probatórios e processuais. Havendo negligência do querelante, o MP assume.
- Rejeição da denúncia ou da queixa: juízo de admissibilidade (justa causa, questões formais e processuais).
- Motivos da rejeição:
  - a) Inépcia formal.
  - b) Inépcia material (falta de justa causa – não há provas mínimas).
  - c) Falta de condição de procedibilidade.
  - d) Fato não constitui crime.
  - e) Extinta a punibilidade.
- Se o juiz receber não pode mais rejeitar (preclusão).
- Da rejeição da peça acusatória, cabe RSE.
- O juiz não pode *desclassificar* o crime no momento do recebimento da denúncia. Isso ocorre na sentença.
- Ação penal rejeitada só pode ser reproposta dependendo do fundamento da rejeição.

## AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

- Esta ação é proveniente de um crime.

- Vigora no Brasil o *princípio da independência das jurisdições* – a vítima não precisa esperar o fim da ação penal, podendo ingressar com a ação civil imediatamente.
- A sentença penal faz coisa julgada no cível.
- A ação civil pode ser suspensa até o julgamento da penal – limite de um ano.
- Pode ocorrer o conflito de decisões: resolve-se com ação rescisória ou revisão criminal.
- Legitimidade: da vítima. Sendo esta pobre, o MP pode propor a ação civil em seu nome (substituto processual). Contudo, nas Comarcas onde existem defensoria pública, o MP não pode propor a ação civil *ex delicto* (art. 68, do CPP) – constitucional, em princípio, mas transforma-se em inconstitucional onde existe defensoria – é a chamada *inconstitucionalidade progressiva*.
- Extinta a punibilidade ou arquivado o IP, ainda assim cabe a ação civil *ex delicto*, visto que a extinção da punibilidade não impede a sua propositura. Exceção: reparação de danos no peculato culposo; composição civil dos danos, nos juizados. O arquivamento de inquérito também não impede a ação civil *ex delicto*.
- Se o réu tiver sido absolvido no crime, em regra, não impede a ação civil *ex delicto*. Mas há exceções: a) quando o juiz criminal reconhece a inexistência material do fato; b) quando o juiz reconhece que o acusado não participou dos fatos; c) quando o juiz reconhece uma justificante. Esta última exceção tem três exceções: estado de necessidade agressivo (ocorre quando se atinge um inocente); legítima defesa real com *aberratio ictus*; utilização de um inocente na legítima defesa (nesses três casos, não se impede a ação civil *ex delicto*).

### Discriminantes putativas

- Não excluem a antijuridicidade.
- Excluem a culpabilidade.
- *Sempre* geram indenização civil.
- Havendo excesso nas justificantes, ele será sempre injusto, sendo cabível, por isso, ação civil.

### Execução civil:

- Sentença penal condenatória, depois do trânsito em julgado; pode ser executada no cível.

- A sentença penal é ilíquida; primeiro liquida-se, depois se executa. Exceção: CTB prevê multa reparatória, não sendo preciso executar.
- Quem executa é a vítima, representante legal ou sucessores. Sendo a vítima pobre, o MP pode executar (vide comentário sobre o art. 69 – defensoria pública e inconstitucionalidade progressiva). Aqui, o MP é substituo processual (atua em nome próprio defendendo direito alheio, o que se chama de *legitimidade extraordinária*).
- Cabe ação civil contra os herdeiros do criminoso falecido, que pagam nos limites da herança.
- Sentença que concede perdão judicial não pode ser executada no cível, pois não é condenatória (é declaratória da extinção da punibilidade).

## JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

- Características da jurisdição: inércia e definitividade; substitutividade e imperatividade.
- Princípios da jurisdição:
  - a) Inafastabilidade da jurisdição: art. 5º, XXXV, da CF.
  - b) Indeclinabilidade da jurisdição: o juiz competente não pode recusar a jurisdição (impossibilidade de sentença branca, em que o juiz remete para a segunda instância decisão sobre ponto controvertido em tratado internacional – não cabe no Brasil). Não existe mais, no Brasil, o *non liquet*, em que o juiz não julgava porque as partes não apresentavam provas. Hoje, sem provas, o juiz absolve.
  - c) Inércia da jurisdição: o juiz não inicia processo (*ne procedat index ex officio*).
  - d) Unidade da jurisdição: no Brasil, a jurisdição é única. *Competência* é o poder conferido ao juiz para conhecer e julgar determinados litígios. *Atribuição* é o poder conferido a outras autoridades (MP, delegado de polícia).
  - e) Indelegabilidade da jurisdição: o juiz competente não pode delegar os atos decisórios. Pode delegar outros atos (ex. instrutórios, como uma carta precatória). EC 45/05: o juiz pode delegar ao escrivão a prática de despachos.
  - f) Improrrogabilidade da jurisdição: juiz não pode invadir jurisdição alheia.
  - g) Independência das jurisdições – separação entre jurisdições civis, penais e administrativas. Exceção: HC 81611/STF – no âmbito dos crimes tributá-

rios – Lei 8.137/90, art. 1º; se o contribuinte discute administrativamente, vincula o penal.

- h) Perpetuação da jurisdição: iniciada a ação em órgão jurisdicional, em regra, aí termina. Exceção: extinção do órgão judiciário; extinção da comarca; criação de vara especializada (HC 85060/STF).

Princípios relacionados ao juiz:

- Juiz natural: é o juiz competente para o caso concreto. Duas garantias: não existe juiz ou tribunal de exceção; irrecusabilidade do juiz, salvo motivo justificado.
- Investidura: através de concurso público.
- Independência: interna (frente aos pares); externa (frente aos demais poderes). Súmulas vinculantes violam a independência interna do juiz.
- Imparcialidade do juiz (não confundir com neutralidade. O juiz deve ser imparcial, não neutro, até por que, como ser humano que é, possui preferências, vícios, paixões, sentimentos religiosos, filosóficos, etc.).
- Não identidade física do juiz: no Brasil, não vigora a identidade física do juiz. Exceção: plenário do Júri.

Guia prático da fixação da competência:

- Justiça competente (especial ou comum): a especial é dividida em militar, eleitoral, trabalhista, política.
  - a) Militar: estadual e federal. A estadual só julga crimes militares cometidos por militar. Quando houver co-autoria com civil, separam-se os processos. Militar que *mata* civil *dolosamente*, será julgado pelo Tribunal do Júri da justiça comum. Qualquer outro crime do militar contra civil é julgado pelo juiz militar singular. A Justiça Militar federal julga os crimes militares contra as Forças Armadas. A federal pode julgar civil.
  - b) Eleitoral: julga os crimes eleitorais e conexos. Exceção: homicídio, que é do Júri, havendo separação, visto que, neste caso, as duas competências são constitucionais.
  - c) Trabalhista: julgam, hoje, *habeas corpus* que envolvam a jurisdição trabalhista.
  - d) Política: crimes de responsabilidade (Lei 1.079/50) – são as chamadas *infrações políticas* (Eugênio Pacelli).
- Justiça comum federal – art. 109, da CF. Crime cometido por ou contra índio, em regra, é da justiça comum estadual (Súmula 140/STJ). É da justiça federal

quando envolve uma questão indígena; à bordo de navio ou aeronave; contra empresa pública federal; tráfico internacional (nova Lei de Drogas chama de transnacional = aquele que ultrapassa as fronteiras do país, sem atingir outro – ex. droga em alto-mar). No município onde não haja juiz federal, tratando-se de tráfico internacional ou transnacional, quem lavra o flagrante é a polícia local, remetido depois à justiça federal; tráfico interestadual é de competência da justiça estadual, mas pode ser investigado pela justiça federal; a justiça federal não julga contravenções.

- Justiça comum estadual: esta tem competência residual (sobra, resíduo, tudo o que a justiça federal não pode julgar). Todas as competências firmadas pela CF são absolutas e, não observadas, geram incompetência absoluta. No concurso entre justiça estadual e justiça federal, prepondera esta última (Súmula 122/STJ).
  
- Órgão hierárquico competente (1ª ou 2ª instância):
  - a) Regra geral, todas as pessoas são julgadas em primeira instância. Exceção: competência por prerrogativa de função. Algumas pessoas são julgadas originariamente por tribunais, como o presidente da República (crime comum, STF; crime de responsabilidade, Senado); vice-presidente (idem); deputado federal e senador (comum, STF; responsabilidade, Casa respectiva); ministro de Estado (comum, STF; responsabilidade, STF, salvo se conexo com o presidente da República que, neste caso, será o Senado); juiz de direito (estadual, TJ; federal, TRF); desembargador (STJ); deputado estadual (TJ); Prefeito (comum, TJ; responsabilidade, Câmara Legislativa; federal, TRF; eleitoral, TRE; contra forças armadas, STM). No homicídio o prefeito é julgado pelo TJ, pois prevalece o foro por prerrogativa de função constante na CF sobre o Júri, embora também previsto na CF. Se o foro for previsto apenas na CE (caso de vereador), a competência será do Júri, pois não é previsto o foro na CF. Homicídio cometido por vereador em conexão com prefeito, a competência será do Júri, para o vereador, e do TJ, para o prefeito, pois são ambos previstos em constituição.
  - b) Características da competência originária: não tem apelação; crime cometido antes da diplomação altera a competência; não julgado até o término do mandato, volta para a primeira instância; crime cometido durante funções, tem o foro especial; cessadas as funções, cessa o foro, e tudo vai para a primeira instância. Não importa o local da infração, o agente sempre será julgado pelo seu tribunal; na co-autoria, o co-autor que não tem foro especial, em regra, é julgado junto com quem tem. Porém, havendo conveniência, por motivo justificado, pode haver desmembramento (art. 80, do CPP). Quem investiga é o membro do tribunal; exceção da verdade contra quem goza de foro por prerrogativa de função é julgada pelo tribunal competente para o caso concreto.

- Foro (comarca). 1º critério – local:
  - a) Competência relativa: o juiz pode declinar, antes de receber a denúncia.
  - b) Regra geral (art. 70, CPP) – local da consumação.
  - c) Cheque sem fundo: o foro é o do local da recusa do pagamento (local do banco). Súmula 521: se o cheque é falso, utilizado no estelionato, o foro é o do local da obtenção da vantagem.
  - d) Falso testemunho por precatória: o foro competente é o da comarca deprecada (onde o sujeito mentiu).
  - e) Apropriação indébita: foro competente é o do local da apropriação.
  - f) Crimes plurilocais (envolvendo duas comarcas): pelo CPP, o foro é o do local da morte; mas o STJ diz ser o local da conduta (por razões probatórias) – esta é a chamada jurisprudência *contra legem*.
  - g) Tentativa: o foro é o do local do último ato de execução.
  - h) Crime de imprensa: o foro é o do local da impressão do jornal ou sede da rádio ou TV.
  - i) Crime cometido na divisa de duas comarcas: foro firmado pela prevenção (o foro será definido pelo primeiro juiz que praticar um ato oficial). É a mesma regra para o crime continuado, envolvendo várias comarcas.
- 2º critério de competência de foro: domicílio ou residência do réu – critério subsidiário ou supletivo. Várias residências - firma-se o foro pela prevenção.
- 3º critério de competência de foro. Foro apelativo: só cabe na ação penal exclusivamente privada ou na personalíssima. Opta-se pelo local da consumação do crime ou do domicílio do réu.
- Juízo (vara): firma-se pela distribuição. Em algumas comarcas, existem varas especializadas. Tribunal do Júri julga os crimes dolosos contra a vida, em regra, e vão para o júri estadual. Excepcionalmente, juiz federal (homicídio de juiz, delegado, servidor federal, em razão da função). Os juizados criminais julgam infrações de menor potencial ofensivo, até dois anos de pena máxima. Exceções: crimes militares e violência contra a mulher.
- Juiz competente (natural): depende das leis de organização judiciária. Cada Estado tem sua disciplina.
- Recurso.

## CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Esses são critérios que alteram a competência. Há conexão quando ocorre o nexo de dependência recíproca entre várias pessoas ou entre vários crimes.

- CONEXÃO - três espécies:
  - 1) Intersubjetiva: ocorre quando vários crimes são cometidos por várias pessoas, umas contra as outras. Ou as pessoas estão reunidas, em concurso, umas contra as outras. Pode haver conexão por simultaneidade (brigas concomitantes de torcida); conexão por concurso (várias pessoas cometem vários roubos); ou por reciprocidade (torcida brigando com outra torcida).
  - 2) Objetiva, lógica ou material: quando um crime é cometido para facilitar outro, ocultar outro, garantir impunidade de outro, ou vantagem. Ex. do primeiro: mata-se o pai para estuprar a filha.
  - 3) Instrumental ou probatória ou processual: a prova de um é importante pra o outro. Ex. o furto para a receptação.

- CONTINÊNCIA:

Subjetiva: várias pessoas são acusadas de *um* crime.

Objetiva: em todas as hipóteses de concurso formal de crimes.

- EFEITOS DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA

- 1) Processo único e julgamento único: deve-se, primeiro, verificar qual é o juízo ou foro atrativo. Ex. júri e crime comum; o primeiro tem força atrativa (exceção de crimes conexos que não vão à júri: eleitorais e militares – dividem os processos); concurso entre comarcas ou jurisdições: local do crime mais grave tem força atrativa (ou o local de maior número de infrações); quando os crimes e a quantidade forem idênticas, firma-se a competência pela prevenção. Jurisdições de categorias (hierarquia) diferentes (ex. crime entre juiz e escrevente – por força da conexão atrativa, ambos serão julgados pelo TJ); jurisdição comum e especial: força atrativa da segunda. Exceção: homicídio com crime eleitoral, separam-se os processos; civil comete estupro junto com militar – separam-se os processos; maior comete crime com menor – separam-se os processos; co-autoria em que um dos réus se torna louco – separação de processos, pois a *loucura superveniente* suspende o processo para o louco e segue em relação ao outro; co-autoria com crise de instância (no júri, uma vez pronunciado por crime inafiançável, o réu tem que ser intimado pessoalmente – não encontrado, paralisa-se o processo - isso é crise de instância) – nesse caso, também se separam os processos. Co-autoria com advogados distintos: se houver divergência entre eles, separa-se o *julgamento*, salvo se o MP faz a

recusa de um jurado, por exemplo, como sendo dele; separação facultativa: art. 80, do CPP.

- 2) Perpetuação da jurisdição – art. 81, do CPP: Exemplos: tentativa de homicídio com estupro, no plenário os jurados desclassificam a tentativa, o estupro continua sendo julgado pelo júri. A tentativa desclassificada vai para o Juiz-Presidente (art. 81, do CPP). Porém, a jurisprudência diz que, sendo um crime desclassificado, o outro acompanha – *mas não é isso que diz o art. 81, do CPP* (jurisprudência *contra legem*). A desclassificação do crime na fase de pronúncia atrai tudo para o juiz singular – parágrafo único do art. 81 do CPP.

COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO – art. 83, do CPP.

- É competência residual.
- Pedido de explicação em juízo torna-o preventivo.
- Busca e apreensão previne o juízo.
- Pedido de fiança previne o juízo.
- Interceptação telefônica previne o juízo.
- Quebra de sigilo bancário previne o juízo.
- Distribuição do inquérito previne o juízo.

Não previne o juízo:

- HC em primeira instância.
- Envio de cópias ao MP pelo juiz.
- Comunicação da prisão em flagrante.
- Atos do juiz plantonista.

Observação: a Súmula 706/STF diz que a competência relativa da prevenção pode, ou não, anular, sendo preciso comprovar o prejuízo.

Situações especiais de competência:

- Crime cometido fora do Brasil: competência do foro da capital do Estado onde por último morou. Se nunca morou no Brasil, o foro é o da capital da República.
- Crime a bordo de navio ou aeronave, competente será a justiça federal.
- Em caso de dúvida, a competência se firma pela prevenção.

- Lei penal nova mais favorável: quem aplica, na primeira instância, é o juiz; se estiver o processo no TJ, a competência é do TJ; se houver trânsito em julgado, vara das execuções; estando em curso a execução provisória, vara das execuções. Se o benefício da lei nova não exige qualquer valoração probatória, o juiz das execuções aplica o benefício; extinguindo-se a valoração probatória, só é possível mediante revisão criminal.
- Crime cometido por índio ou contra índio: regra, justiça estadual (Súmula 140, do STJ). Exceção: quando envolve *questão* indígena; quando envolve uma questão coletiva indígena: nesse caso, a competência será da justiça federal (RE 49528) – genocídio não é competência do júri, mesmo que ocorra crime doloso – a competência é do juiz singular, pois o bem atingido a ser preservado não é a vida, mas a raça, etnia, povo, religião – dependendo das vítimas, a competência será da justiça estadual ou justiça federal.
- Incidente de deslocamento de competência – IDC (ou federalização dos crimes contra os direitos humanos) – art. 109, § 5º, da CF – caso da freira Dorothy Stang – pedido feito pela Procuradoria-Geral da República, e quem defere é o STJ – premissa para deslocamento é a negligência do Estado-membro.
- HC contra juiz do trabalho: TRT que julga.
- Executa pena de multa: competência dos juizados, quando for do juizado; multa do CP, quem julga é a vara da Fazenda Pública.
- Crime contra a flora ou a fauna: competência, em regra, da justiça estadual; só será justiça federal se for flora ou fauna de reserva ecológica da União.
- Crime interestadual: competência da justiça estadual.
- Tráfico internacional: competência da justiça federal.
- Tráfico transnacional (+ de dois países) – competência da justiça federal.
- HC contra promotor de justiça – competência do TJ.

Observação: *Traficância íntima* é aquela praticada entre amigos – a nova Lei de Drogas pune com menos rigor.

## PROVAS

Provar é demonstrar a verdade de um fato ou de uma afirmação. É tudo que possa comprovar um fato.

- Finalidade: formar a convicção do julgador.

- Destinatários: todas as pessoas que devem formar sua convicção.
- Objeto de prova: são as afirmações ou fatos que devem ser comprovados (*fato probandum*).
- Sujeitos da prova: pessoas responsáveis pela produção da prova (perito, testemunha, vítima, etc.).
- Fonte de prova: tudo que indica algum fato a ser provado (denúncia).
- Forma da prova: modo pelo qual a prova se produz (oral, documental, material).
- Meio de prova: tudo quanto possa comprovar um fato (confissão, testemunho, perícia, documento). Existem provas inominadas, fora do CPP: interceptação telefônica, filmagem, fotos, etc. Não vigora no CPP o *princípio da taxatividade das provas*.
- Elementos de prova: são os fatos já provados.

Objeto de prova: fato narrado, afirmações feitas. Precisam ser provados:

- Os costumes.
- Regulamentos e portarias.
- Direito alienígena.
- Direito estadual/municipal.
- Fato não contestado pelo réu também precisa ser provado, pois não existe confissão ficta ou presumida no processo penal.

Não necessitam de prova:

- Fatos notórios, de amplo conhecimento público.
- presunções absolutas (*iure et de iure*). Nos crimes sexuais, a presunção, segundo o STF, é relativa.
- Fatos axiomáticos ou intuitivos (evidente, óbvio ululante).
- Fatos inúteis e impertinentes.

Classificação das provas:

- Direta: relacionada diretamente com o fato (ex. testemunha ocular ou *de visu*).

- Indireta: é a indiciária; por indícios.
- Forma: oral (prova verbal); documental (escrita); material (retratam o próprio objeto – ex. faca, revólver).

#### Exceções – provas ilícitas:

- Contaminação expurgada: torturado, o sujeito indica o co-autor – a prova é ilícita em relação ao co-autor. Mas se este confessa depois, na presença de advogado, esta segunda confissão é válida, expurgando a *contaminação* original.
- Ônus da prova: incumbe a quem alega. O réu não precisa provar sua inocência, pois esta é presumida. Porém, se o réu invoca legítima defesa, em princípio cabe a ele provar a excludente. Para evitar o *in dubio pro reo*, cabe ao juiz e ao MP buscar a verdade. O juiz, em regra, tem poder complementar de iniciativa de provas. Mas há exceções, podendo juiz investigar juiz e quando tratar-se de foro por prerrogativa de função. No crime organizado, o juiz não pode investigar, assim como no crime falimentar (antes era possível). No foro por prerrogativa há uma exceção, em que o juiz não investiga: membro do MP, que é investigado pelo próprio MP.

#### Princípios relativos às provas:

- Princípio da legalidade das provas: por analogia admite-se algumas provas, como a gravação feita pela própria vítima.
- Princípio da moralidade das provas: devem ser colhidas de forma moralmente válida.
- Princípio da imediatidade: as provas são colhidas perante o juiz.
- Princípio da oralidade: em regra, as provas são colhidas oralmente.
- Princípio da identidade física do juiz: não vigora no processo penal. O que preside a prova pode não ser o que sentencia.
- Provas colhidas de acordo com as garantias constitucionais: contraditório, ampla defesa, igualdade probatória. Há duas espécies de contraditório: *imediato* (feito na hora da produção da prova – ex. oitiva de testemunha) e *diferido* (adiado, postergado – ex. interceptação telefônica).
- Prova emprestada: só vale se observado o contraditório, tratando-se do mesmo réu nos dois processos, tendo ele contraditado a prova no primeiro processo. Depoimento em inquérito policial não vale, pois nele não há contraditório.
- Princípio da não auto-incriminação: o réu tem direito ao silêncio e este não pode prejudicá-lo; o réu tem direito de não declarar contra si mesmo (não é

obrigado a confessar); o réu tem direito de mentir (não há, aqui no Brasil, crime de perjúrio); o réu não é obrigado a praticar nenhuma atividade que o incrimine (exame grafotécnico, reconstituição do crime, bafômetro, etc.); o réu não é obrigado a ceder o seu corpo para o fim de provas.

- Princípio do livre convencimento motivado: o juiz deve valorar todas as provas produzidas no processo; conhecimentos privados do juiz não valem. Nenhuma prova tem valor absoluto; o juiz deve fundamentar o seu convencimento. Exceção: os jurados não precisam fundamentar o seu voto.
- Princípio da comunhão das provas: prova produzida por uma parte pode ser utilizada pela outra.

## DAS PERÍCIAS

- É o exame feito por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos. O laudo pericial é o documento elaborado pelo perito, com descrição minuciosa; deve-se fundamentar a resposta, bem como a juntada de fotografias, se possível. A perícia pode ser feita em qualquer dia e hora.
- Objetos de perícia são os escritos, o cadáver, o corpo da vítima, os instrumentos do crime, etc. Quem determina a perícia é a autoridade que preside a investigação ou o juiz do processo. A insanidade mental só pode ser determinada pelo juiz. Perícia impertinente deve ser indeferida. Quem investiga formula as questões. No processo, quem formula é o juiz e as partes. O juiz não está vinculado à perícia (sistema liberatório).
- O perito é auxiliar de juiz, precisando ter curso superior. Há dois grupos: os concursados e os não concursados, que são os nomeados (prestam compromisso – sua falta é mera irregularidade). Exigem-se dois peritos, sempre. Havendo um perito, haverá nulidade relativa. Exceção: é possível um só perito em laudo de constatação de drogas; CPPM – art. 318; violação de direitos autorais. No processo penal não há a figura do assistente técnico, mas é possível perícia particular.
- Princípio do contraditório: toda perícia está sujeita ao contraditório, porém é ele diferido. De todas as perícias, a mais comum é o ECD (exame de corpo de delito) – a comprovação pericial do corpo do delito, ou seja, de todos os vestígios deixados pelo crime. O corpo da vítima faz parte do corpo de delito. Esse exame comprova a materialidade da infração. Quando o crime deixa vestígios (não transeunte), o ECD é imprescindível, podendo a sua falta gerar nulidade relativa. Existem os exames direto, feito diretamente no objeto, e o indireto, quando as provas da infração são colhidas através de testemunhas. Outros meios probatórios também são admitidos: boletins médicos, por exemplo. A confissão, por si só, não supre o exame de corpo de delito. No crime de homicídio, não sendo possível encontrar o corpo, faz-se o exame de corpo de delito indireto (através de testemunhas) e só vai a júri havendo outros indícios.

- Boletim médico não é laudo nem ECD direto, mas vale como prova indiciária. O processo pode ser iniciado sem o laudo. Exceção: laudo de constatação de drogas.
- O exame grafotécnico serve para descobrir a autenticidade de um escrito ou de uma assinatura.
- Exames laboratoriais também são importantes no processo, como o de DNA, por exemplo.
- Necropsia – pronúncia: *NECROPSÍA* – exame feito no cadáver, para se descobrir a *causa mortis*, emitindo-se um laudo necroscópico. Outra coisa é o exame *perimeiroscópico*, que é feito no local da morte.
- Exumação: desenterramento do cadáver. Lavra-se um auto de exumação.
- Sendo o laudo omissivo ou obscuro, o juiz determina exame complementar. Havendo divergência entre os peritos.

#### INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

- Ato pelo qual o juiz ouve o acusado sobre a imputação. É meio de prova e meio de defesa. Pressuposto lógico é para dar ciência ao réu da acusação.
- Princípio da unicidade do interrogatório: em regra, ele é único, mas nada impede o reinterrogatório. Na antiga lei de drogas se permitia dois interrogatórios (hoje não se permite mais). Todos os procedimentos prevêem interrogatórios, com exceção dos crimes de imprensa. O interrogatório, em regra, é feito logo depois do recebimento da denúncia. Exceção: juizados (é o último ato probatório). O interrogatório é obrigatório quando o réu estiver preso ou comparecer perante o juiz, espontaneamente. Pode o juiz determinar a condução coercitiva do réu, mas ele não é obrigado a falar. É possível interrogatório por precatória ou por rogatória. Réu processado pela justiça federal pode ser ouvido, por precatória, por juiz estadual, quando não houver justiça federal no local.

#### Características do interrogatório:

- Ato personalíssimo.
- Ato judicial (no processo ou em juízo, quem interroga é o juiz).
- Ato tecnicamente assistido – na presença obrigatória de um defensor. Tem, inclusive, direito de se entrevistar com o advogado.
- Ato contraditório: admite-se reperguntas pelas partes.
- Vigora o *princípio presidencialista* – tudo passa pelo juiz.

- Ausência do MP – nulidade relativa.
- Ato público, salvo de o juiz decretou sigilo.
- Ato oral, salvo se o réu for mudo, obviamente.
- Ato individual – cada réu é ouvido separadamente.
- Ato livre e espontâneo.
- Direito ao silêncio – em relação aos fatos imputados. Não envolve o momento da identificação pessoal, mas se o réu sentencia, não comete infração. Se o réu não entende a língua nacional, nomeia-se um intérprete.
- Local do interrogatório: na sede do juízo, se solto. Se preso, no presídio, salvo se não houver segurança. Pode ser feito por vídeo-conferência, desde que respeitadas as garantias constitucionais. Réu menor (não se nomeia mais curador ao menor de 21 anos); índio aculturado precisa de curador.
- Interrogatórios: sobre a pessoa do réu, sobre os fatos e interrogatório-contraditório.
- Uso de algemas: quando necessário, para proteger as pessoas em volta e o próprio réu.

## CONFISSÃO

- Admissão do fato imputado. É circunstância atenuante. Quem confessa chama-se *confitente*. A confissão pode ser judicial (no juízo); extrajudicial (fora do juízo); explícita (inequívoca); implícita (prática ato que leve a concluir pela confissão – ex. reparação de danos). A confissão simples se dá quando o réu não invoca nada em seu benefício. A *confissão qualificada* se dá quando o réu invoca algo em seu favor – ex. alega legítima defesa. Confissão ficta ou presumida não existe no processo penal. Confissão delatatória ocorre quando o réu confessa e delata outra pessoa (lembrar da delação premiada).

### Características da confissão:

- Ato personalíssimo.
- Ato livre e espontâneo.
- Divisível (confissão parcial).

### Declaração da vítima:

- Valor probatório relativo (como todas as provas). Nos crimes sexuais, a palavra da vítima é muito importante.

- Condução coercitiva da vítima – é possível, inclusive no inquérito.
- Contraditório – deve ser observado na oitiva da vítima.

## PROVA TESTEMUNHAL

- Terceira pessoa que depõe sobre fatos.
- No direito brasileiro, qualquer pessoa pode ser testemunha, exceto co-réu, vítima (não são testemunhas), advogado que presencia o crime.
- Valor probatório do testemunho, como todas as outras provas, é relativo.
- Características do testemunho: judicialidade; oralidade (exceção do presidente da República, que pode ser escrito); objetividade (sem emissão de opiniões pessoais); retrospectividade (depõe sobre o que passou); contraditoriedade; individualidade; direta (ocorre quando a testemunha depõe sobre o que viu – *de auditu*); indireta (sobre o que ouviu dizer – *de visu*); pode ser própria (que depõe sobre os fatos do processo); imprópria, instrumentária ou fedatária (que não viu os fatos, depondo sobre um ato que ela presenciou – ex. apresentação do preso na delegacia; que dá fé do ato); numerária (que consta do número legal); extranumerária (não consta do número legal); informante ou declarante (que não presta compromisso – ex. menor de 14 anos; débil mental); referida (a que é mencionada por outras pessoas); da coroa (o agente infiltrado no crime organizado e que depõe sobre o que viu).

## PRISÃO

- Supressão da liberdade individual, mediante clausura (Fernando da Costa Tourinho Filho).
- Em regra, a prisão depende de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. As exceções são a prisão em flagrante e a recaptura de réu evadido (art. 684, do CPP).
- O art. 236, do Código Eleitoral, traz a proibição de prisão 05 dias antes e 48 horas depois das eleições, salvo em flagrante delito, crime inafiançável e sentença condenatória e desrespeito a salvo conduto.
- Prisão penal ou com pena: decorre do trânsito em julgado de uma sentença condenatória que impôs uma pena privativa de liberdade.
- Prisão civil: decretada por juiz civil pra fins civis (alimentos e depositário infiel – art. 5º, LXVII, da CF).

- Prisão civil do falido: para LFG, segundo a lei 11.101/05 (falência), esse tipo de prisão foi abolido. Para alguns doutrinadores (Paulo Rangel), essa prisão está prevista no art. 99, VII, da Lei de Falências.
- Prisão administrativa: para a maioria, essa prisão, prevista no art. 319, do CPP, não foi recepcionada pela CF, em face do art. 5º, LXI e LXVII.
- Outras espécies de prisão administrativa, em vigor: decretada por juiz ou por outra autoridade, pra fins administrativos: prisão do estrangeiro, para fins de extradição ou expulsão. A primeira, pelo STF, e a segunda, por juiz federal. Superior pode prender inferior por crime militar ou transgressão disciplinar (prisão disciplinar). Por autoridade, durante o estado de defesa ou de sítio.
- Prisão para averiguação: inconstitucional, configurando-se abuso de autoridade.

Prisão processual – ou provisória, sem pena ou cautelar. Espécies:

- Prisão em flagrante.
- Prisão temporária.
- Prisão preventiva.
- Prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º, do CPP).
- Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 594, do CPP). O professor LFG traz mais uma: prisão decorrente de acórdão recorrido (a prisão processual não deve ser considerada como antecipação da pena).

Características da prisão processual:

- Jurisdicionalidade: toda prisão processual está submetida ao crivo do Judiciário (na prisão em flagrante, o crivo do Judiciário é posterior – diferido).
- Homogeneidade: (proporcionalidade) – a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual condenação (a prisão cautelar ou processual visa garantir o processo principal). Os requisitos a serem observados serão, sempre, o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*).
- Prisão especial (art. 295, do CPP) – em regra, provisória, antes da condenação definitiva. Exceção: juízes, promotores, policiais e funcionários da justiça criminal – nesses casos, mesmo depois do trânsito em julgado, a prisão será especial. Não havendo estabelecimento especial, o preso ficará em cela distinta, no mesmo estabelecimento (art. 295, § 2º).

- Prisão em domicílio (art. 5º, XI, da CF) – somente durante o dia, com mandado judicial. Salvo em caso de flagrante delito, desastre, prestar socorro.

#### Prisão em flagrante:

- captura, lavratura do auto, recolhimento ao cárcere (esses momentos são considerados atos administrativos). A prisão em flagrante somente se torna judicial a partir do momento em que o juiz toma conhecimento e a mantém. Se o magistrado, ao tomar conhecimento do flagrante, não o relaxa, e sendo ele ilegal, torna-se autoridade coatora, cabendo HC ao TJ.
- Cabe prisão em flagrante tanto em relação a crime como contravenção penal.
- Fundamentos da prisão em flagrante: evitar a consumação do delito; evitar a fuga; por razões probatórias.
- Sujeito passivo do flagrante: em regra, qualquer pessoa. Exceções: para uma primeira corrente, cabe prisão em flagrante em legítima defesa, de acordo com o art. 310, do CPP. Uma segunda corrente entende que não, de acordo com o art. 301, do CPP, pois não estaria sendo praticado delito (prevalece a primeira corrente). O menor pode ser *preso* (apreendido) em flagrante e conduzido ao juizado da infância e juventude.
- Magistrados (LC n. 35/79, art. 33, parágrafo único), membro do MP (Lei 8.625/93, art. 41, parágrafo único), senadores e deputados, governadores, deputados estaduais, só serão presos em flagrante, por crime inafiançável.
- O presidente da República (art. 86, § 3º, da CF) somente será preso após sentença condenatória com trânsito em julgado.
- O agente diplomático não sofre qualquer prisão (convenção de Viena - Decreto 56.435/65). Os agentes consulares limitam-se aos atos de ofício sua imunidade.

#### Espécies de flagrante:

- Próprio (ou perfeito) – art. 302, I e II, do CPP.
- Impróprio (imperfeito, irreal ou quase flagrante) – art. 302, III, do CPP.
- Presumido (ficto ou assimilado) – art. 302, IV, do CPP.
- Obrigatório – art. 301, do CPP – feito pela autoridade policial.
- Facultativo – art. 301, do CPP – feito por qualquer do povo.
- Preparado (provocado, crime de ensaio, delito putativo por obra do agente provocador) – induzimento à prática do delito (agente provocador) e adoção de precauções para que o mesmo não se consuma – vide Súmula 145/STF –

trata-se de crime impossível; uma comédia; um ensaio, daí chamar-se *crime de ensaio*, por ineficácia absoluta do meio. Hipótese de prisão ilegal, autorizando relaxamento.

- Esperado – a autoridade policial limita-se a aguardar a prática do crime (aqui não há agente provocador).
- Diferido (prorrogado ou retardado) – art. 2º, II, da Lei 9.034; art. 53, II, da Lei 11.343/06. O flagrante é feito em momento posterior, geralmente após a infiltração de policiais, muito comum em organizações criminosas.
- Forjado (fabricado, maquinado ou urdido) – geralmente é o *plantado* pela polícia – considerado ilegal.

Flagrante nas várias espécies de crime:

- Crime permanente: cuja consumação se prolonga no tempo – o flagrante se dá durante o período do crime.
- Crime habitual: (art. 282, do CP) – prática reiterada da conduta. Art. 229, do CP (motel – praticamente em desuso – princípio da adequação social) – a maioria da doutrina entende que não é possível a prisão em flagrante nos crimes habituais. Outros entendem que depende do caso concreto.
- Crimes de ação penal privada ou crimes de ação penal pública condicionada à representação: é possível a prisão em flagrante (art. 301, do CPP) – o recolhimento ao cárcere depende do consentimento do ofendido.
- Crime formal: há resultado que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação (art. 316, do CP); a prisão em flagrante não pode acontecer no momento do exaurimento do crime, mas no momento em que ele é cometido. No caso da concussão, a prisão seria no momento da exigência da vantagem indevida, e não do efetivo recebimento.
- Crimes em que não se efetua a prisão em flagrante mesmo que ocorra situação de flagrância: art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95; art. 301, da Lei 9.503/97 – CTB; observância do art. 5º, LXII, LXIII, LXIV e LXV, da CF, sob pena de ilegalidade da prisão, sendo relaxada. Vide art. 304, do CPP - fracionamento do APF (auto de prisão em flagrante).

## PRISÃO PREVENTIVA

- Não agride o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), desde que a medida de cautela não perca seu caráter excepcional e sua qualidade instrumental. Portanto, não é inconstitucional.

Pressupostos para a prisão preventiva:

- *Fumus comissi delicti*: prova da existência do crime e indícios de autoria (art. 312, *in fine*, do CPP).
- *Periculum libertatis*: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal (art. 312, do CPP).
  - a) Garantia da ordem pública: o agente, em liberdade, poderá voltar a delinquir. Clamor, comoção social; para Capez a liberdade do autor geraria a sensação de impunidade, de descrédito do Judiciário; a posição majoritária é no sentido de que o clamor e a comoção, por si sós, não autorizariam a prisão preventiva, com base na ordem pública.
  - b) Garantia da ordem econômica: a Lei n. 8.884/94 (antitruste), incluiu a garantia da ordem econômica no art. 312, do CPP. As Leis 8.137/90; 8.176/91; 8.078/90 e 7.492/86 tratam dos crimes contra a ordem econômica. O art. 30, da Lei 7.492/86 prevê a prisão preventiva não somente na magnitude da lesão causada, mas também na necessidade de se resguardar a credibilidade das instituições públicas (garantia da ordem pública).
  - c) Garantia de aplicação da lei penal: indícios fundados de que o réu pretende fugir.
  - d) Conveniência da instrução criminal: réu ameaçando testemunha; réu destruindo documentos; coação do membro do MP. A prisão pode ser decretada até o encerramento da instrução criminal. A partir disso, não mais cabe a preventiva com base nesse pressuposto.

Crimes em que cabe a prisão preventiva (art. 313, do CPP):

- Crimes dolosos, punidos com reclusão e detenção, sendo o indiciado vadio e não identificável.
- Reincidente.
- Crimes dolosos, envolvendo violência doméstica ou familiar, contra a mulher (incluído no art. 313, IV, pela Lei 11.340/06).

**Prisão preventiva e excludentes da ilicitude**: vide art. 314, do CPP. Não cabe a prisão se o fato for praticado acobertado por uma excludente de ilicitude (art. 23, do CP). O consentimento do ofendido é excludente da ilicitude, desde que não faça parte do tipo penal – causa supra-legal de excludente da ilicitude.

Decretação da prisão preventiva – art. 315, do CPP:

- Cabe tanto no inquérito quanto na instrução, mas sempre fundamentada.

- Pode ser decretada pelo juiz, de ofício.
- O requerimento do MP, querelante e mediante representação da autoridade policial (assistente de acusação não pode requerer prisão preventiva).
- Fundamentação *per relationem* – o juiz se baseia na fundamentação do parecer do MP.

Recursos:

- Da decisão que decreta prisão preventiva, cabe HC (na verdade, não é recurso, mas ação). Da que indefere a prisão preventiva, cabe Recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP).

Revogação da prisão preventiva – art. 316, do CPP:

- *Revogação*, em sentido técnico é, em relação à prisão preventiva, baseada na cláusula *rebus sic stantibus*: revoga-se quando os motivos não estão mais presentes.
- Excesso de prazo na formação da culpa: a prisão preventiva não possui prazo predeterminado, ao contrário da temporária. No entanto, estando o réu preso, a instrução processual (não há excesso de prazo se o processo já se encontrar na fase dos arts. 499 e 500, salvo se houver pedido de diligências) deve se encerrar no prazo de 81 dias (prazo relativo), sob pena de restar caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, autorizando o relaxamento da prisão preventiva (vide Súmulas 21, 52 e 64, do STJ). O relaxamento da prisão preventiva, nos crimes hediondos, também é possível (Súmula 697/STJ).

## PRISÃO TEMPORÁRIA

- Prevista na Lei 7.960/89, originária da Medida Provisória n. 111/89 (não poderia a MP regular matéria de processo penal – art. 62, da CF – para Paulo Rangel, esta Lei seria inconstitucional, por vício de iniciativa).
- O inciso III deverá estar sempre presente, seja combinando com o inciso I ou II, segundo a jurisprudência e doutrina majoritárias.
- Prisão temporária só cabe no inquérito policial.
- Prazo de 5 dias prorrogável por mais 5.
- Crimes hediondos: prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30.
- Decorrido o prazo, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

- O prazo de 30 dias para crimes hediondos pode ser reduzido (quem pode o mais pode o menos).
- Nos crimes de ação penal privada cabe prisão temporária, embora a Lei não diga expressamente. O prof. Paulo Rangel discorda.
- Pelo art. 304, § 1º, do CPP, em situações excepcionais, o delegado de polícia poderia relaxar a prisão.
- Não se decreta de ofício a prisão temporária.

PRISÃO DECORRENTE DE PRONÚNCIA – art. 408, § 1, do CPP e PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL – art. 594, do CPP

- Essas duas espécies de prisão violam os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa (art. 5º, LVIII, da CF). Mesmo condenado em primeira instância, o sujeito não pode ser preso apenas por causa da sentença, pois ainda cabe recurso, não tendo havido o trânsito em julgado.
- Se o réu permaneceu solto durante o processo, poderá recorrer em liberdade, salvo se sobrevém um motivo que autorize a sua prisão preventiva. Se o réu permaneceu preso durante o processo, deverá permanecer preso para recorrer, salvo se o motivo que autorize sua prisão preventiva não esteja mais presente.
- A Súmula 09/STJ apóia a prisão para apelar, mas a doutrina discorda e o próprio STJ vem fazendo uma releitura da citada Súmula, considerando a prisão apenas se houver motivos ensejadores da prisão preventiva. Na verdade, para o STJ deve a prisão ser decretada com base na preventiva.
- Relaxamento da prisão – art. 5º, LXV, da CF – no caso do inciso citado, o delegado de polícia não pode decretar o relaxamento da prisão.
- Toda e qualquer prisão pode ser relaxada.
- A primeira análise a ser feita é quanto à legalidade da prisão. Se legal, observar se é cabível a liberdade provisória. O relaxamento não impede a decretação da prisão preventiva.

**Liberdade provisória:** é a concessão de liberdade sob condições, a quem foi preso em flagrante (excepcionalmente para o preso por condenação ou por pronúncia) para que possa aguardar a finalização do processo sem necessidade de ser recolhido ao cárcere. Prisão preventiva e prisão temporária não comportam liberdade provisória. Cabe a revogação. Também não cabe liberdade provisória em prisão civil e administrativa. O termo *livrar-se solto*, estampado no art. 321, do CPP, para LFG, bem

como as hipóteses trazidas no citado dispositivo, não se trata de liberdade provisória, pois não impõem condições, embora o capítulo do CPP fale em liberdade provisória no seu título.

Espécies de liberdade provisória:

- a) Obrigatória: art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95; art. 48, § 2º, da Lei 11.343/06; art. 301, da Lei 9.503/97. No caso de usuário de drogas, não se prende em flagrante, mas é feita a captura, apenas não se lavra o APF, assumindo o compromisso de comparecer ao juizado. Recusando o comparecimento, o réu não será preso, livrando-se solto (art. 321, do CPP), sendo lavrado o APF.
- b) Proibida ou vedada: art. 2º, II, da Lei 8.072/90; art. 7º, da Lei 9.034/95; art. 3º, da Lei 9.613/98; art. 21, da Lei 10.826/03; art. 331, da Lei 7.492/86; art. 44, da Lei 11.343/06. Segundo o STF, a liberdade provisória não pode ser concedida se a lei vedar. O STJ entende que, para vedar a liberdade provisória, deverá estar presente um dos requisitos que autorize a prisão preventiva.
- c) Sem fiança: se o juiz verificar que o agente praticou o fato acobertado por uma excludente de ilicitude (art. 310, *caput*, do CPP). Crimes contra a economia popular ou sonegação fiscal não são passíveis de aplicação do art. 310, parágrafo único, do CPP (art. 325, do CPP). Só juiz pode conceder liberdade provisória sem fiança, depois de ouvir o MP. Da decisão que indefere liberdade provisória, cabe HC. Da que concede, cabe Recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP).
- d) Com fiança: *fiança* é garantia real, destinada a resguardar o cumprimento das obrigações processuais do réu, desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Crimes infiançáveis (arts. 323 e 324, do CPP) – racismo e crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, além dos crimes hediondos. O delegado pode conceder a fiança nos crimes punidos com detenção ou prisão simples (art. 322, do CPP).

## REQUISITOS DA SENTENÇA

- RELATÓRIO: deve ser sucinto; nos juizados é dispensável.
- FUNDAMENTAÇÃO/MOTIVAÇÃO: todas as teses devem ser abordadas pelo juiz; todas devem ser valoradas. Sentença sem fundamentação é considerada *vazia*; pena acima do mínimo, sem fundamentação, é nula *no ponto* (retorna para o juiz fundamentar); o juiz julga pelo que está nos autos.

- **DISPOSITIVO/CONCLUSÃO:** o juiz dá sentido à sua decisão; deve ser coerente com a fundamentação, caso contrário será a sentença considerada *suicida*, portanto nula.
- **AUTENTICAÇÃO:** lugar, data e assinatura do juiz.

O TJ, ao examinar o recurso, ora anula, ora reforma a sentença. Anula quando houver *error in procedendo* (sem advogado, sem fundamentação, etc.) e reforma quando houver *error in iudicando* (má valoração das provas, etc.) – neste caso, o acórdão substitui a sentença (o chamado *juízo rescisório*).

*Princípio da correlação acusação e sentença* – o juiz não pode julgar nem além (*ultra petita*), aquém (*citra petita*) ou fora (*extra petita*) do pedido. Daí fazer-se necessário o seguinte estudo:

- *Emendatio libelli:* o juiz pode dar a classificação jurídica correta. O fato narrado é o fato provado. A denúncia narra um fato, mas a classificação dada é a de outro, podendo o juiz mudar esta classificação na sentença. Não há necessidade de se ouvir a defesa. Se houver recurso da defesa, o TJ pode mudar a classificação jurídica, mas não pode aumentar a pena (art. 383, do CPP).
- *Mutatio libelli:* o fato narrado é distinto do provado. É indispensável ouvir a defesa. Se o fato narrado tiver a pena igual a do fato provado, o juiz abre vista para a defesa *produzir* provas em 8 dias; se a pena do fato provado for menor do que a do fato narrado, o juiz deve ouvir a defesa em 8 dias para *produzir* provas e sentenciar; se a pena do fato provado for maior que a do fato narrado, exige-se o aditamento da peça acusatória. Havendo recusa do MP, aplica-se o disposto no art. 28, do CPP. Aditada, abre-se o prazo de 3 dias para a defesa *requerer* provas (aqui o prazo é menor porque a defesa vai apenas *requerer* e não *produzir* provas).
- Existe *mutatio* na ação penal privada. Em caso de aditamento, sendo recusado pelo querelante, em 30 dias dá-se a perempção, extinguindo a punibilidade (saída doutrinária).
- Não existe *mutatio libeli* em segunda instância (Súmula 453/STF).
- Publicação da sentença – normalmente quando o escrivão a junta nos autos ou quando é proferida em audiência. A partir da publicação é ela imodificável, com as seguintes exceções: erro material; erro de cálculo; quando houver EDCL; o RSE com efeito regressivo; quando surgir lei penal nova favorável.
- Intimação da sentença – indispensável; em regra pela imprensa, com exceção do MP, defensoria pública e dativo (intimação pessoal); a intimação do acusado, sendo a sentença absolutória, será pessoal ou na pessoa do advogado; sendo a sentença condenatória, estando o réu preso, a intimação é obrigatoriamente pessoal e não se deixa de intimar o advogado e o prazo para recurso conta-se da última intimação; se o réu estiver solto, faz-se pessoalmente ou

por edital, e também o advogado. Intimação por precatória (Súmula 710/STF – conta-se da data da intimação).

- Sentença é um instituto da coisa julgada, quando se torna ela irrecorrível, em nome da segurança jurídica. Em princípio a coisa julgada no processo penal é relativa, pois em regra, cabe revisão criminal, mas somente *pro reo*. Assim, de sentença absolutória não cabe revisão criminal (*coisa soberanamente julgada*). Há duas espécies de coisa julgada: a) formal (impede que o juízo da causa reexamine a sentença); e b) material (impede que qualquer outro juízo reexamine a sentença).
- Limites da coisa julgada:
  - a) Objetiva: transita em julgado o conteúdo da decisão, o seu sentido. A motivação da decisão não faz coisa julgada.
  - b) Subjetiva: a coisa julgada só vale para as partes do processo.
- Certidão de óbito falsa: caso o juiz julgue extinta a punibilidade e transita em julgado, mas após descobre-se que o réu não está morto. Neste caso, segundo a doutrina, respeita-se a coisa julgada, pois não há revisão *pro societate* – no máximo processa-se o réu por falsidade de documento (a certidão de óbito). O STF diz que tal sentença não tem valor, é inexistente, devendo o réu cumprir a pena.

## RECURSOS

- É o meio voluntário de impugnação de decisões judiciais, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a provocar a reforma, invalidação, integração ou esclarecimento da decisão judicial anterior.
- Características dos recursos:
  - a) Anterioridade à preclusão ou à coisa julgada.
  - b) Desenvolvimento dentro da mesma relação jurídica processual (é o que diferencia o recurso das ações de impugnação – HC, MS e Revisão Criminal, pois estas instauram uma nova relação jurídica processual).
- Fundamentos dos recursos:
  - a) Falibilidade humana.
  - b) Inconformismo das partes.
  - c) Princípio do duplo grau de jurisdição (não previsto expressamente na CF) – a convenção de direitos humanos, no seu art. 8º, assegura o direito

de apelação. Exceção: competência originária dos tribunais – neste caso não há duplo grau de jurisdição.

### Pressupostos de admissibilidade recursal

- **Pressupostos objetivos:** em regra, os recursos são interpostos no juízo *a quo* e julgados no *ad quem*. Há exceção: EDCL; protesto por novo júri, etc., interpostos e julgados no juízo *a quo*. O juízo de admissibilidade do recurso ou *prelibação*, é feito tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*. *Delibação* é o juízo superficial sobre a legalidade de um ato – não é o juízo de mérito (ex. pronúncia). Juízo de mérito se dá quando se julga o mérito do pedido. Recurso conhecido e não conhecido significa que os pressupostos estão ou não presentes, de acordo com o juízo *ad quem*. Recurso provido ou improvido significa que o pedido de reforma, invalidação, integração ou esclarecimento, foi acolhido pelo tribunal *ad quem*. Os pressupostos objetivos são: cabimento, adequação, tempestividade, inexistência de fato impeditivo, inexistência de fato extintivo e regularidade formal.

**CABIMENTO:** Deve haver previsão legal de recurso para a decisão. Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (em regra, não cabe recurso das decisões interlocutórias, salvo caso de RSE do art. 581, do CPP - diferentemente do processo civil, que prevê o agravo).

**ADEQUAÇÃO:** Deve-se interpor o recurso específico para a decisão. Princípio da fungibilidade mitiga a adequação – art. 579, do CPP, também conhecido como *princípio do recurso indiferente* e da *permutabilidade dos recursos*. Requisitos: boa-fé; que não haja erro grosseiro e que o recurso errado seja interposto dentro do prazo do recurso certo.

**TEMPESTIVIDADE:** O recurso deve ser interposto no prazo legal, sob pena de preclusão temporal. 48 horas (carta testemunhável – sem a certificação da hora, pelo Oficial, o prazo será de 2 dias); 2 dias (embargos declaratórios em primeira e segunda instâncias); 5 dias (apelação, RSE; protesto por novo júri; agravos, correição parcial; embargos declaratórios nos juizados especiais criminais; recurso ordinário para o STJ e o STF); 10 dias (embargos infringentes e de nulidade e apelação nos juizados especiais criminais); 15 dias (recurso especial e extraordinário); 20 dias (RSE contra lista de jurados); HC e revisão criminal não possuem prazo.

Obs. A apresentação extemporânea das razões é mera irregularidade, o que importa é o prazo da interposição.

Intimação por precatória: conta-se da data da intimação e não da juntada da precatória aos autos o prazo para o recurso (Súmula 710/STF. Exceção: art. 38, da Lei n. 10.409 – antiga lei de drogas).

Prazo em dobro: a defensoria pública e, segundo a jurisprudência, o dativo, gozam do prazo em dobro para recorrer (o MP não tem esse privilégio). O prazo para o MP começa a correr a partir do momento em que há a formali-

zação da *carga* pelo servidor e não da data da aposição do ciente pelo seu representante.

### **Inexistência de fato impeditivo**

RENÚNCIA: é a manifestação de vontade de não recorrer. Ocorre antes da interposição do recurso. O MP pode renunciar? Segundo o professor Eugênio Pacelli, não, pois violaria o princípio da indisponibilidade da ação penal; já o professor Denílson diz que o MP pode renunciar, pois o CPP veda expressamente a *desistência* e não a *renúncia* (vide Súmulas 705 e 708/STF).

NÃO RECOLHIMENTO DO RÉU à prisão, nos casos em que a lei exige. Previsto nos artigos 393, I, 408, § 2º e 3º, 585, 594, do CPP, e art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90. Se o réu não for primário e de bons antecedentes, precisa-se recolher à prisão para recorrer (art. 594, do CPP) – muito criticado pela doutrina, mas a jurisprudência continua aplicando tal princípio.

### **Inexistência de fato extintivo**

DESISTÊNCIA: manifestação de vontade do recorrente no sentido de não prosseguir o recurso já interposto. É irretroatável. O MP não pode desistir de recurso (art. 576, do CPP).

DESERÇÃO: pode se dar de duas formas: por fuga (art. 595, do CPP); por falta de preparo recursal em ação exclusivamente privada (tanto a desistência quanto a deserção são casos de extinção anômala do recurso). A deserção por falta de preparo ocorre exclusivamente com o querelante nas ações exclusivamente privadas, não ocorrendo em relação ao querelado, nem nas ações subsidiárias da pública. Exceção: quando o querelante for beneficiário da justiça gratuita.

### **Regularidade formal**

- Em primeiro grau, em regra, os recursos podem ser interpostos por petição ou por termo nos autos (art. 578, do CPP). Perante os tribunais superiores, somente por petição escrita; pode-se interpor por fax, enviando o original no prazo de 5 dias.

- Delimitação dos recursos: *tantum devolutum quantum apelatum* – a matéria a ser conhecida em segunda instância depende da impugnação. São delimitadas as matérias na interposição e não nas razões, quando se tratar do MP.

- Motivação: deve haver a apresentação de razões e contra-razões (arts. 591 e 601, do CPP) – no caso da apelação e do RSE, o recurso pode subir sem razões, sendo no TJ interpostas.

Obs. Nos juizados especiais criminais a petição de interposição de apelação deve ser acompanhada das razões (art. 82, § 2º, da Lei 9.099/95). Exceção: protesto por novo júri. Diversamente acontece nos tribunais superiores, onde os

recursos devem ser acompanhados das razões (recurso especial e recurso extraordinário).

- Recurso de fundamentação livre e de fundamentação vinculada – o recorrente invoca qualquer fundamento (livre), como na apelação; o de fundamentação vinculada se dá quando o recorrente tem que invoca um dos fundamentos dados pela lei ou pela CF, como, por exemplo, no recurso especial, extraordinário e apelação no júri.

- **Pressupostos subjetivos:**

LEGITIMIDADE PARA RECORRER: (art. 577, do CPP – MP, querelante, réu, procurador ou defensor). O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de impronúncia, absolvição em primeiro e segundo grau e decisão que declara extinta a punibilidade, bem como interpor o recurso especial e o extraordinário em seqüência aos referidos recursos (vide Súmulas 208, 210 e 448/STF). O recurso do assistente é subsidiário em relação ao do MP. Se o assistente estiver habilitado no processo, o prazo será de 5 dias. Se não, 15 dias. Conta-se o prazo a partir da data em que terminou o do MP (subsidiário). No caso de associações de defesa dos consumidores, também poder recorrer (art. 80 c/c 82, III e IV, da Lei 8.078/90). O réu tem capacidade postulatória própria, independente do advogado, no processo penal, não podendo interpor razões recursais, cabendo à defensoria, se não houver advogado constituído.

INTERESSE PARA RECORRER: art. 577, parágrafo único, do CPP – basicamente o interesse deriva da sucumbência (situação de desvantagem jurídica oriunda da decisão recorrida). Ex. prescrição da pretensão punitiva – ocorrida, o recurso não será conhecido no mérito, pois a prescrição é matéria de ordem pública; réu absolvido tem interesse recursal, no caso de ter sofrido medida de segurança; o MP pode recorrer em favor do réu, desde que tenha havido sucumbência; o MP não pode recorrer de absolvição em crimes de ação penal exclusivamente privada, se o próprio querelante não recorreu.

- **Efeitos dos recursos:**

EFEITO DEVOLUTIVO: consiste na devolução da matéria impugnada. Todo recurso tem esse efeito e, em regra, essa matéria é devolvida a órgão jurisdicional distinto.

EFEITO SUSPENSIVO: consiste no impedimento da eficácia da decisão recorrida.

EFEITO REGRESSIVO: iterativo ou diferido. Consiste na devolução da matéria impugnada ao próprio órgão jurisdicional que prolatou a decisão recorrida (juízo de retratação) – ex. agravo e RSE.

EFEITO EXTENSIVO: art. 580, do CPP – um recurso pode ser estendido ao réu que não recorreu, desde que não verse sobre matéria estritamente pessoal.

Obs. O mero despacho, em regra, não admite recurso, com exceção do caso de despacho tumultuário ou abusivo, que cabe correição parcial.

- **Princípios recursais:**

Da voluntariedade dos recursos: as partes recorrer se desejarem. Exceção: recurso *ex officio*, que são obrigatórios, no caso do juiz conceder HC (art. 574, I, do CPP); absolvição sumária, no júri (art. 574, II); concessão de reabilitação (746, do CPP) e arquivamento de inquérito em crime contra a economia popular (art. 7º, da Lei 1.521/51).

Da disponibilidade: a parte legitimada pode dispor do recurso, seja renunciando ou desistindo (o MP não pode desistir).

Da personalidade dos recursos: só pode beneficiar a parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorreu. Exceção: art. 580, do CPP – efeito extensivo. Quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária (princípio da proibição da *reformatio in pejus*).

Da conversão: o recurso endereçado a tribunal errado pode ser convertido ao tribunal certo.

Da unirecorribilidade: de cada decisão só cabe um recurso. Exceção: protesto por novo júri e apelação; embargos infringentes para a parte não unânime e recurso especial e extraordinário para a parte unânime.

Da variabilidade: quando cabível um só recurso, mas dois são possíveis; é impossível mudar o recurso. Ex. condenado no júri por homicídio a 21 anos – pode interpor protesto por novo júri ou apelação. Se apelar, no prazo de 5 dias pode escolher o protesto.

Da suplementariedade: ou suplementação ou complementação – quando cabíveis dois recursos, a parte pode interpor os dois sucessivamente e não concomitantemente.

- **Direito intertemporal e recursos:**

Os recursos são regidos pela lei do tempo da sentença. Uma lei nova que modifica a competência não altera a competência recursal, desde que o caso já esteja sentenciado.

- **Recursos em espécie:**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

- Previsto no art. 581, do CPP. Não cabe analogia, pois o rol do citado artigo é taxativo, *numerus clausus*. Mas é cabível uma interpretação extensiva para alguns casos. Uma sentença de mérito que cabe RESE é a absolvição sumária no júri (art. 581, VI).
- Se a decisão é anterior à sentença definitiva de condenação ou absolvição, talvez caiba RESE (faz-se a análise do art. 581).
- Se a decisão estiver contida na sentença condenatória ou absolutória, é caso de apelação, ainda que conste do rol do art. 581.
- Se a decisão é posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória ou da absolutória imprópria, é caso de agravo na execução (art. 597).
- O RESE pode ser *pro et contra* ou *secundum eventum litis*. No primeiro caso, quando o sim e o não comportam recurso. No segundo caso, quando cabível apenas para uma situação e não para a contrária.
- Prazo de 5 dias, com exceção de quando cabível de lista de jurados, que será de 20 dias.
- Processa-se em instrumento, salvo as exceções do art. 583, do CPP.
- É um recurso motivado (razões e contra-razões no prazo de 2 dias – art. 588).
- É possível o juízo de retratação – 589, do CPP.
- Em regra, não tem efeito suspensivo. Exceção: art. 584, do CPP.
- Da decisão que rejeita denúncia ou queixa nos juizados especiais criminais, cabe apelação; bem como no caso do art. 44, § 2º, da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa): da que rejeita a denúncia, cabe apelação; da que recebe, cabe RESE.
- Da que recebe a denúncia ou queixa (581, I), caberá HC pra o trancamento da ação penal.
- Vide Súmula 709/STF.
- Art. 581, II – se o juiz se der por competente, caberá HC. Se reconhece a incompetência, caberá RESE, quando a reconhece de ofício. Se reconhece a incompetência através de exceção, aplica-se o inciso III, salvo a exceção de suspeição, que é oposta no TJ, e perante o TJ não cabe RESE.
- Art. 581, IV – pronunciar ou impronunciar o réu. Todas as decisões que encerram a primeira fase do júri comportam RESE (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária, desclassificação).
- Art. 581, V – última parte, o efeito é para o MP.

Obs. O art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei 201/67 (crimes de prefeitos), prevê o RESE, não mais cabível.

## APELAÇÃO

- Prazo de 5 dias + 8 para apresentação das razões (art. 600, do CPP).
  - Cabimento: art. 593, do CPP. Só cabe de decisão de juiz singular.
  - Princípio da asserção ou da afirmação – a lei exige que seja invocado um dos fundamentos legais, quando a apelação for interposta do júri.
  - Nulidade anterior à pronúncia deve ser analisada na própria pronúncia e não na apelação.
  - Se a nulidade for relativa e posterior à pronúncia – vide incisos do art. 593, do CPP.
  - Se a apelação for provida o TJ corrige a sentença (inciso III, 'e' do 593).
  - O TJ limita-se a corrigir o erro ou injustiça na aplicação da pena. Não pode, portanto, decotar qualificadoras, causas de aumento, ou agravantes, em virtude do art. 5º, XXXVIII, da CF (no júri).
  - No júri: manifestamente contrária à prova dos autos. Só cabível em face de decisões escandalosas, fatalmente divorciadas do contexto probatório. Com base na letra 'd', inciso III do art. 593, é possível recorrer uma única vez, pouco importa se interposta a apelação pelo MP ou pela defesa. E não importa se a decisão seguinte é a mesma ou diferente da anterior. Quando o TJ julga essa apelação, manda o réu a novo julgamento pelo júri.
- Obs. *Juízo rescindente*: quando desconstitui decisão anterior; *juízo rescisório*: quando há prolação de nova decisão em substituição à anterior.
- No júri, ocorre juízo rescindente no caso de nulidade e quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.
  - Do não recebimento da apelação cabe RESE (581, XV). Da que não recebe o RESE cabe carta testemunhável.
  - Razões recursais em segunda instância: art. 600, § 4º, do CPP – somente na apelação é possível razões recursais na segunda instância.
  - Havendo dois ou mais apelantes, os prazos são comuns para as razões (a doutrina entende ser inconstitucional este posicionamento).

- Apelação sumária e ordinária – esta, pra crimes punidos com reclusão. A primeira, para as demais hipóteses. A ordinária tem revisor.
- Não é possível a *mutatio libelli* na segunda instância.

#### Efeitos da apelação:

- Suspensivo: não existe da sentença absolutória. No caso de sentença condenatória, tem efeito suspensivo.
- Direito de apelar em liberdade: se o réu está em liberdade, tem o direito de apelar em liberdade, salvo se sobrevém motivo que autoriza sua prisão preventiva. Se preso, só recorre preso, salvo se sobrevém motivo que desautorize a preventiva.
- Princípio da proibição da *reformatio in pejus* – jamais o réu pode ser prejudicado no seu recurso, se não houver recurso da acusação (617, do CPP).
- Mesmo em se tratando de erro material, o TJ não pode agravar a situação do réu, caso o MP não tenha recorrido.
- O recurso pode prejudicar o réu quando houver recurso da acusação e no recurso *ex officio*.
- Vide a Súmula 160/STF (importante!).
- *Reformatio in pejus* indireta – réu apela pedindo nulidade e o TJ anula devolvendo o processo à primeira instância. Neste caso, a nova decisão do juiz não pode ser superior à anteriormente imposta.
- No protesto por novo júri, pode o réu receber pena maior? Para uma primeira corrente, o réu não pode ser prejudicado se a decisão anterior transitou em julgado para o MP; para uma segunda corrente, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta não se aplica ao protesto por novo júri nem às apelações relativas ao veredicto dos jurados (corrente que predomina).
- Os jurados podem reconhecer agravantes, causas de aumento ou mesmo qualificadoras, não apreciadas ou rejeitadas no julgamento anterior. Se a decisão dos jurados for idêntica à primeira, o juiz não pode agravar a pena.
- Princípio da *reformatio in melius* – totalmente permitida, ou seja, o TJ pode melhorar a situação do réu, mesmo em recurso exclusivo da acusação, com fundamento no *princípio do favor rei*.

#### PROTESTO POR NOVO JÚRI

- Cabível quando, por um crime, o réu é condenado por pena igual ou maior do que 20 anos.
- Está na iminência de ser extinto esse recurso, pois limita a pena do homicídio qualificado.

#### Requisitos:

- Sentença condenatória, por julgamento do júri.
- Pena de reclusão por um crime igual ou superior a 20 anos (o crime não necessita ser doloso contra a vida – ex. homicídio conexo com latrocínio – se o latrocínio for superior ou igual a 20 anos, caberá o protesto por novo júri).
- Crimes conexos: não se pode somar as penas, assim como no concurso material; o protesto só é cabível por um único crime.
- Crime continuado e concurso formal: cabe o protesto, pois aqui há apenas o aumento de pena.
- Se a pena for imposta por TJ, sendo ela igual ou superior a 20 anos, é cabível o protesto, pois o artigo 607, § 1º, que não permite, faz menção ao 606, que foi revogado.
- Recurso privativo da defesa: prazo de 5 dias, dirigido ao presidente do júri; não tem razões recursais; cabível apenas uma única vez; não há protesto por novo júri em julgamento de competência originária dos tribunais (óbvio).
- Não impede a interposição de apelação se o réu é condenado por outro crime que não admite o protesto.
- A lei não exige o recolhimento à prisão para se interpor o protesto, não se aplicando o art. 594, do CPP.
- Jurado que participou do julgamento anterior não pode participar do novo. O juiz presidente pode ser o mesmo, pois não é ele que decide a causa, mas os jurados.

#### EMBARGOS INFRINGENTES E EMBARGOS DE NULIDADE

- Os EI versam sobre o mérito da causa.
- Os EN versam sobre um vício processual que conduz à nulidade do processo.

#### Características:

- Pressupõem uma decisão de tribunal.

- Pressupõem decisão não unânime.
- O voto vencido funciona como limite dos embargos – só se pode pedir o que o voto vencido dava.
- Só é cabível em decisão não unânime de apelação, RESE ou agravo em execução (art. 609, do CPP).
- Não cabe EI em HC, revisão criminal, e nem em julgamento originário.
- São recursos exclusivos do réu (o MP pode recorrer, desde que em favor do réu, segundo Eugênio Pacelli).
- Os EI no processo penal militar (art. 538), assim como os EN podem ser interpostos tanto pela defesa quanto pela acusação.
- Prazo de 10 dias –as razões devem vir no momento da interposição.
- Competência adstrita ao regimento interno de cada tribunal.
- Possuem efeito suspensivo.
- Existe previsão de EI contra decisão não unânime do Plenário do STF.
- No STJ não existe EI.

#### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Cabível quando o acórdão for omissivo, obscuro, ambíguo ou contraditório.
- Prazo de 2 dias – no STF e STJ o prazo é de 5 dias.
- Chamado de *recurso inaudita altera pars* (a outra parte não precisa ser ouvida).
- Tem por finalidade o esclarecimento da decisão.
- Em regra, não tem o poder de alterar a decisão. Mas existem os embargos declaratórios com efeitos infringentes (pretendem mudar o sentido da decisão) – neste caso, a parte contrária deve ser ouvida.
- Os EDCL, no CPP, interrompem o prazo recursal (art. 538, do CPC); nos juizados, interrompem o prazo recursal.
- Quando reconhecidos como protelatórios, não se deve conceder a eles efeito suspensivo ou interruptivo do prazo (para não beneficiar o recorrente pela própria torpeza).

- Os EDCL com fim de prequestionamento não têm caráter protelatório (Súmula 98/STJ).

#### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

- Cabimento: contra decisão de turma do STJ que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; contra decisão de turma que, em recurso extraordinário (STF), ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra turma ou do Plenário.
- Prazo de 15 dias, sem efeito suspensivo.

#### CARTA TESTEMUNHÁVEL

- Da decisão que denega a apelação, cabe RESE; da que denega o RESE, cabe carta testemunhável.
- Carta testemunhável é cabível em RESE, agravo em execução e protesto por novo júri (da decisão denegatória).
- Interposta junto ao escrivão (hoje, diretor de secretaria).
- Prazo de 48 horas. Se não houver a hora registrada na certidão, o prazo será de 2 dias.
- Vide art. 644, do CPP.
- Não tem efeito suspensivo (art. 646, do CPP).

#### CORREIÇÃO PARCIAL

- Apesar da divergência, a maioria da doutrina entende tratar-se, mesmo, de recurso.
- Corrigente é quem interpõe o recurso.
- Corrigido é o juízo que proferiu a decisão.
- Tem por finalidade corrigir um ato abusivo ou tumultuário.
- O erro do juiz é considerado *in procedendo*.

- Pressupõe a existência do ato abusivo ou tumultuário, para o qual não cabe um recurso específico.
- Exemplos comuns: o juiz marca a oitiva de testemunha de defesa antes da de acusação; juiz que indefere pedido de devolução dos autos à delegacia, para realizar diligências imprescindíveis.
- Procedimento: segue o procedimento do RESE (prazo de 5 dias, com efeito regressivo – juízo de retratação).
- Não possui efeito suspensivo.
- É possível correção parcial durante o inquérito, mas contra ato de juiz e não contra a autoridade policial.

## AGRAVOS

- No processo penal são cinco:

### AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Cabível quando não se processa recurso especial ou extraordinário.
- Prazo de 5 dias (Súmula 699/STF).
- A petição do AI deve ser dirigida ao presidente do TJ recorrido (Súmula 727/STF) – juízo de retratação.
- Não retratando o presidente do TJ, encaminha ao STF ou STJ, que será julgado pelo relator. Da decisão do relator que negar seguimento ou provimento ao AI caberá agravo regimental para o órgão do recurso denegado, no prazo de 5 dias.

### AGRAVO INOMINADO DO ART. 625, DO CPP

- Cabível no caso de indeferimento liminar da revisão criminal.

### LEI 8.038/90 – ART. 39

- Cuida da competência originária do STF e do STJ – da decisão caberá agravo a órgão especial.

### AGRAVOS REGIMENTAIS

- Deve ser analisado o regimento interno de cada TJ.

### AGRAVO EM EXECUÇÃO

- Cabível das decisões do juiz das execuções, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 dias.
- O procedimento é o mesmo do RESE (Súmula 700/STF).
- É um recurso *pro et contra* (para o sim e para o não será cabível).
- Legitimidade: réu, família do réu, defensor e MP (art. 195, da LEP).
- Não possui efeito suspensivo.
- Posição do STJ: não cabe mandado de segurança pra assegurar o efeito suspensivo do agravo em execução, pois a lei expressamente veda o efeito.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

- São espécies do gênero *recursos extraordinários latu sensu*.
- Servem apenas para o reexame de questões de direito e não para questões de fato.
- São recursos de fundamentação vinculada (RE, art. 102, II, da CF, e REsp – art. 105, III, da CF) – princípio da asserção.
- Apesar de serem meio de impugnação colocados à disposição das partes, visam a uniformização da interpretação do direito federal constitucional e infraconstitucional (Súmula 279/STF e 07/STJ).

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- A CF não diz que a decisão deve ser de TJ.
- Cabível contra decisão de turma recursal (Súmula 640/STF).
- O inquérito 438 do STF vem entendendo que o HC contra decisões de turma recursal dos juizados especiais vai para o TJ, deixando de aplicar a Súmula 690/STF, que entende ser o HC cabível para o STF.

### Hipóteses de cabimento:

- Quando a decisão contraria dispositivo da CF (essa contrariedade deve ser direta e não reflexa ou indireta).
- Quando a decisão declara a inconstitucionalidade de um tratado (vide CF).

### Requisitos:

- Existência de uma decisão judicial (não precisa ser de TJ).
- Esgotamento dos recursos ordinários (Súmula 281/STF).
- Quando existe uma questão jurídica constitucional ou que envolva entes federados.
- Prequestionamento da matéria discutida (consiste no prévio tratamento da questão pela decisão recorrida – Súmula 282/STF).
- Repercussão geral da matéria questionada (art. 102, § 3º, da CF, acrescentado pela EC 45/05) – visa evitar a vulgarização do RE. É o que antes se chamava *arguição de relevância*, que ficava ao critério do relator. Hoje, o critério é objetivo.
- Efeitos do RE: devolutivo, mas não tem efeito suspensivo, de acordo com o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90.
- O STF, no HC 88.174, entendeu que o RE terá efeito suspensivo (Informativo 452) – é apenas uma tendência do STF.
- Prazo de 15 dias (Súmula 286, 288, 735/STF).
- O julgamento do RE é feito por um ministro, isoladamente, ou pela turma do STF (aplicação analógica do art. 557, do CPC).
- Reclamação: serve para garantir a decisão do STF, que concede o prazo de 24 horas para o cumprimento.
- Recurso ordinário constitucional: art. 102, II, da CF – cabe análise de fatos, provas e direitos.

#### RECURSO ESPECIAL

- Previsto no art. 105, III, da CF.
- Finalidade: uniformização do direito federal infraconstitucional.
- Pressupõe decisão de um tribunal, ao contrário do RE.
- Não cabe REsp em face de turma recursal.
- Recurso ordinário constitucional para o STJ – art. 105, II, da CF.

## DIREITO CIVIL

### PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA FÍSICA

- É a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações na ordem jurídica (art. 2º, do CC).
- Em que momento a pessoa física adquire personalidade? A partir do nascimento com vida (funcionamento do aparelho cardiorespiratório) – art. 2º, do CC, 1ª parte. A partir disso, a doutrina criou a *teoria natalista*, a qual diz que a pessoa surge a partir do nascimento com vida, de maneira que aquele já concebido, mas não nascido, não tem personalidade (o nascituro tem apenas expectativa de direito) – os defensores desta teoria são, dentre outros, Vicente Ráo, Sílvio Rodrigues, Sílvio Venosa, Eduardo Espíndola.
- Outra teoria, contrária à natalista, que explica a personalidade, é a *teoria concepcionista*, a qual sustenta que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção, de maneira que o nascituro pode ser considerado pessoa (defensores: Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Francisco Amaral, Silmara Chivelato) – art. 2º, do CC, 2ª parte.
- Hipóteses legais de tutela dos direitos do nascituro: legado em herança; tipificação do aborto; direito à realização de DNA; direito à doação, etc.
- O nascituro tem direito aos alimentos? Não é pacífico, mas existe julgado admitindo alimentos ao nascituro (TJ/RS).
- Existe referência no STJ que diz ter o nascituro direito à reparação por dano moral (caso do filho – ainda nascituro – não ter conhecido o pai – pode fazer uso da ação de indenização, por não ter conhecido o genitor, contra quem foi culpado por sua morte).

### CAPACIDADE

- A diferença entre capacidade de direito e capacidade de fato: capacidade de direito é a capacidade genérica, adquirida juntamente com a personalidade; já a capacidade de fato, traduz a capacidade de, pessoalmente, praticar atos na vida civil. A soma das duas capacidades gera a capacidade *plena*. Em Direito Civil, a incapacidade é incapacidade *de fato*.
- A capacidade pode ser absoluta ou relativa (arts. 3º e 4º, do CC). Por meio da interdição, declara-se a incapacidade do enfermo ou deficiente mental desprovido de discernimento.

- Uma pessoa já interditada realiza um ato em momento de lucidez. Este ato é válido? Não. E se a pessoa for portadora da incapacidade e realizar um ato perante terceiros, não tendo havido ainda a interdição, o ato é válido? A doutrina, baseada no art. 503, do Código Francês, e influenciada pela literatura italiana, sustenta que o ato poderá ser invalidado se houver prejuízo ao incapaz e má-fé da outra parte (a má-fé pode ser deduzida da própria circunstância dos negócios).
- A senilidade, por si só, não gera a incapacidade.

#### INCAPACIDADE RELATIVA – art. 4º, do CC

- Os menores, entre 16 e 18 anos, são *púberes*.
- A embriaguez pode gerar a incapacidade absoluta (patológica), ou a incapacidade relativa (redução do discernimento).
- O pródigo é portador de um desvio de comportamento que o faz gastar compulsivamente, podendo reduzir-se à miséria (vide art. 1782, do CC).
- Para o pródigo casar, o seu curador precisa manifestar-se? Sim, pois o casamento importa em regime de bens, portanto, questão patrimonial.

Obs. O INSS continuaria a pagar benefícios previdenciários (Nota SAJ n. 42/2003 – JMF) aos menores de 21 anos e maiores de 18? Continuam a ser pagos até os 21 anos de idade. Contrariamente, nega-se o pagamento de benefícios previdenciários ao emancipado, embora seja equiparado ao maior.

- A redução da maioridade civil aos 18 anos significa a perda da pensão alimentícia? O STJ entende que a redução da maioridade não significa cancelamento automático da pensão alimentícia.

#### EMANCIPAÇÃO

- Traduz a antecipação da capacidade plena, podendo ser: voluntária, judicial ou legal (art. 5º, do CC). A voluntária se dá pelos pais, ou por um deles na falta do outro (mínimo de 16 anos).
- Sendo separada a mãe, tendo a guarda, pode emancipar sozinha? Não. A não ser que o pai esteja morto ou destituído do poder familiar.
- A emancipação é ato irrevogável.

- Se o emancipado comete ato ilícito, os pais podem, *solidariamente*, responder junto com ele, no caso da emancipação voluntária (é questão polêmica, sem pacificação na doutrina).
- Emancipação judicial se dá por sentença, ao menor de 16 anos completos (órgão, com tutor, este deverá ser ouvido).

### **Emancipação legal:**

- a) Pelo casamento (idade mínima para casar: 16 anos). Emancipado pelo casamento, após o divórcio, faz voltar a incapacidade? Não. A separação e o divórcio não neutralizam a emancipação. Havendo nulidade e anulação do casamento, a sentença tem efeito *ex tunc*, tendo por consequência a neutralização da emancipação (questão polêmica, aceita por apenas parte da doutrina). No casamento putativo, o nubente de boa-fé mantém-se emancipado (questão polêmica).
  - b) Exercício de emprego público efetivo (ou cargo).
  - c) Colação de grau em curso superior.
  - d) Estabelecimento civil ou comercial ou existência de relação de emprego, desde que em função deles o menor adquira economia própria (sendo demitido o menor, não retorna à situação de incapacidade, em nome da segurança jurídica, pois, por exemplo, como ficaria a situação de quem com ele negociou?). Mas é preciso que o menor tenha carteira assinada.
- O menor emancipado pode ser preso civilmente, pois não é sanção penal, mas meio coercitivo de pagamento, já que ele tem independência patrimonial.

### **EXTINÇÃO DA PESSOA FÍSICA (OU NATURAL)**

- Dá-se com a morte (art. 6º, do CC). A comunidade científica internacional entende que o marco seguro da morte é a encefálica (Resolução n. 1.480/97, do CFM - Conselho Federal de Medicina). A morte deve ser atestada por um médico, ressalvada a possibilidade de duas testemunhas declararem o óbito, se faltar especialista (art. 77, da LRP, n. 6.015/73).
- O direito brasileiro admite duas situações de morte presumida: 1) ausência (no momento em que se abre a sucessão definitiva – art. 6º, do CC; 2) art. 7º, do CC: probabilidade de morte de quem estava em perigo; desaparecido ou feito prisioneiro, não encontrado até dois anos após o término da guerra. Nesses casos, o juiz faz uma *justificação do óbito* e define a data provável da morte.

## COMORIÊNCIA

- É o mesmo que *morte simultânea* (art. 8º, do CC). Considerar simultaneamente mortos significa que serão abertas cadeias sucessórias autônomas e distintas, de maneira que um comoriente não herdará do outro.

## PESSOA JURÍDICA

- Conceito base: “como resultado do fato associativo, a pessoa jurídica pode ser, em primeiro plano, definida como um grupo humano criado na forma da lei e dotada de personalidade jurídica para a realização de fins comuns”.
- Teoria explicativa da pessoa jurídica:
  - 1) Negativistas: Buiz, Planiol, Ihering, etc. – negavam a existência da pessoa jurídica. Diziam que o que existe são pessoas físicas reunidas. Outros, diziam que era um condomínio, propriedades coletivas.
  - 2) Afirmativistas: admitiam a existência da pessoa jurídica. Divide-se em três:
    - 2.1) Ficção: criada por Savigni – defendia que a pessoa jurídica teria uma existência meramente ideal, por ser uma criação do Direito. Era uma teoria anti-sociológica, não tinha uma atuação social. É uma existência abstrata.
    - 2.2) Realidade objetiva: Clóvis Bevilácqua, Lacerda de Almeida, Cunha Gonçalves) – teoria organicista-sociológica: a pessoa jurídica seria um organismo social, com atuação na própria sociedade em que foi criada.
    - 2.3) Realidade técnica: moderada, entre as duas anteriores (Saleilles e Ferrara – *Saleilles inventou o contrato de adesão*). Para esta teoria, a pessoa jurídica teria existência e atuação social, muito embora a sua personalidade fosse criação da técnica jurídica.
- A teoria adotada pelo novo CC é a da *realidade técnica* (art. 45). O banco, para existir, depende de autorização do Banco Central (2ª parte do art. 45). Para Caio Mário, a falta dessa autorização, para esse tipo de pessoa jurídica, gera a sua *inexistência*.
- Basicamente, o ato constitutivo da pessoa jurídica, ou é um *estatuto* ou um *contrato social*. Em geral, o ato constitutivo é levado para a junta comercial (registro público de empresa); ou para o cartório de registro civil de pessoas jurídicas. Exceção: sociedade de advogados, que é registrada na OAB.

- Na forma do CC, esse registro é *constitutivo* da sua personalidade. Diferentemente, o registro da pessoa física é meramente *declaratório*.
- Não havendo registro, segundo o CC, não há existência legal. As sociedades irregulares ou de fato, são entidades *despersonificadas*, por falta de registro (art. 986 e segs., do CC). Conseqüências: art. 990, do CC.

### Espécies de pessoa jurídica de direito privado:

- 1) ASSOCIAÇÕES: (o art. 2.031, do CC, foi alterado pela Lei 10.825, com a inclusão das organizações religiosas e partidos políticos, no art. 44, do CC). As associações são entidades de direito privado, formada pela união de indivíduos com propósito de realizarem fins não econômicos (art. 53, do CC). Não há sócios, há associados, sem partilha de lucros. A assembléia geral de associados é seu órgão máximo, com a competência privativa prevista no art. 59, do CC. O ato constitutivo é o estatuto (art. 54, do CC), registrado no cartório de registro civil de pessoas jurídicas. A exclusão do associado está prevista no art. 57, do CC.
- 2) SOCIEDADES: tem como principal característica a finalidade de lucro. As sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, formadas pela união de indivíduos, que se organizam por meio de um contrato social, visando a partilhar lucros. Nos termos do art. 982, hoje se fala em sociedades *simples* e *empresárias* (não mais existem sociedades civis e mercantis ou comerciais). Para uma sociedade ser empresária, precisa de dois requisitos: atividade empresarial (art. 966, do CC) e registro na junta comercial (registro público de empresa). Assim, por exclusão, sociedades simples são todas as outras. Em geral, são as prestadoras de serviços (ex. sociedade de médicos, odontólogos, advogados, etc.) – o registro é feito no cartório de registro de pessoas jurídicas. A sociedade de advogados, excepcionalmente, é registrada na OAB. Pelo parágrafo único do art. 982, do CC, independentemente do seu objeto, considera-se empresária as sociedades por ações; e as simples, as cooperativas. Segundo o professor Pablo Stolze, a sociedade entre cônjuges, do art. 977, do CC, é um absurdo. A despeito da restrição contida no art. 977, o DNRC (Departamento Nacional de Registro de Comércio), apresentou Parecer n. 125/03, no sentido de que o referido artigo não se aplicaria às sociedades anteriores.
- 3) FUNDAÇÕES: (Bibliografia suplementar: *O Ministério Público e as Fundações de direito privado* – Lincoln Antônio de Castro – ed. Freitas Bastos). As fundações resultam da personificação de um patrimônio por *testamento* ou *escritura pública*, que faz o seu instituidor, com o objetivo de realizar finalidade ideal – art. 62, do CC. Há afetação de patrimônio, que se personifica. O ato constitutivo da fundação é o *estatuto*. O estatuto poderá ser redigido pelo próprio instituidor, por terceiro ou, subsidiariamente, o MP. Só pode registrar depois que o MP aprovar (quando o estatuto for redigido pelo instituidor ou por terceiro). **O art. 66, do CC, diz que o MP é quem fiscaliza as fundações. O § 1º usurpou a competência do MP do Distrito Federal, razão porque a CO-**

**NAMP ingressou com a ADI n. 2794, para que se declare inconstitucional esse dispositivo.** A pessoa jurídica pode ser extinta convencionalmente, administrativamente ou judicialmente.

## DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

- Introduzida no Brasil por Rubens Requião, Fábio Ulhôa Coelho e Calixto Salomão Filho. A doutrina da desconsideração pretende o afastamento temporário da personalidade da pessoa jurídica, visando a atingir o patrimônio pessoal do sócio ou administrador que cometeu ato abusivo. Fábio Konder Comparato, na sua obra *O poder de controle na sociedade anônima*, observou que para desconsiderar, o juiz deveria fazer uma análise objetiva, ou seja, observando apenas se houve abuso e não investigando o elemento intencional.
- Quem primeiro tratou do assunto foi o art. 28, do CDC; seguindo na mesma trilha, o novo CC trata do assunto, no art. 50. Neste dispositivo, adota-se a teoria de Fábio Komparato, que diz que a desconsideração é objetiva, bastando o *desvio de finalidade* da pessoa jurídica; não há necessidade de se comprovar a *intenção* da sociedade.
- Pelo CDC, art. 28, é mais fácil desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica (vide art. 28, § 5º). É chamada de *teoria menor da desconsideração*. A do CC é chamada de *teoria maior da desconsideração*.
- Novo Projeto de Lei n. 2426/2003 – deveria ser aprovado até dezembro de 2006 (acompanhar pela internet).
- Desconsideração inversa: o juiz atinge o patrimônio da sociedade, para poder forçar o cumprimento da obrigação da pessoa física fraudadora.

## DOMICÍLIO

- Morada: lugar em que a pessoa física se estabelece *temporariamente*.
- Residência: lugar em que a pessoa física é encontrada com habitualidade.
- Domicílio: lugar em que a pessoa física estabelece sua residência *com ânimo definitivo*, transformando-a em centro de sua vida jurídica (arts. 70/71, do CC).
- Domicílio profissional: art. 72, CC – é domicílio especial.
- Mudança de domicílio: art. 74, do CC (artigo esdrúxulo).

- Domicílio aparente ou ocasional: teoria desenvolvida pelo belga De Page: ficção jurídica criada para pessoas que não tenham domicílio certo: são domiciliadas no lugar em que são encontradas (art. 73, do CC).
- Domicílio da pessoa jurídica: art. 75, do CC.
- Classificação do domicílio. Três espécies:
  - a) Voluntário: ou convencional ou por vontade – é o domicílio comum.
  - b) Legal ou necessário: imposto por lei (arts. 76 e 77, do CC). Possuem-no o incapaz, o servidor público, militar, marítimo, preso, etc.
  - c) Eleição: escolhido, eleito pelos contratantes (art. 78, do CC). O Direito brasileiro atual aponta no sentido de que a cláusula de eleição prejudicial ao aderente (no contrato de adesão) deve ser reputada nula de pleno direito, por violação ao princípio da função social do contrato.

## BENS JURÍDICOS

- É toda utilidade física ou ideal, objeto de um direito subjetivo. Bem é gênero. Coisa é espécie.
- Bens acessórios (+ importantes):
  - a) Frutos: é utilidade renovável (ex. bezerro, em relação à vaca).
  - b) Produtos: é esgotável, mas não se renova (ex. petróleo).
  - c) Benfeitorias: toda benfeitoria é artificial; é uma obra realizada pelo homem na estrutura de uma coisa, com propósito de conservá-la, melhorá-la, ou embelezá-la (necessária, útil e voluptuária). Há diferenças entre benfeitoria e acessão. A primeira não traduz aumento de propriedade. A segunda é meio, modo de aquisição da propriedade imobiliária; aumenta o volume da coisa principal (art. 1248, do CC). A acessão pode ser natural, a benfeitoria, nunca.
  - d) Pertencas: é um bem acessório que, sem integrar o principal, acopla-se a ele para servi-lo (art. 93, do CC) – EX. ar condicionado, *home theater*, etc.).

**Bens de família**: origem histórica: *homestead* (local do lar), do Texas, em 26/01/1839.

- Espécies:
  - a) **VOLUNTÁRIO**: art. 1711, do CC – é aquele instituído *por ato de vontade do casal*, da entidade familiar ou de terceiro, no cartório de registro imobiliária-

rio, visando a tutelar o imóvel residencial do devedor. É limitado a 1/3 do patrimônio líquido do instituidor, para evitar fraude contra credores. É razoável que, diante da dificuldade de o oficial do registro imobiliário investigar o respeito ao limite de valor, os próprios instituidores declarem-no sob as penas das leis civil e criminal. EFEITOS: impenhorabilidade limitada (art. 1715, do CC) – tributos relativos ao prédio e ao condomínio não impedem a impenhorabilidade; inalienabilidade relativa (art. 1717, do CC).

b) LEGAL: Lei 8.009/90 – essa espécie legal traduz a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, *independentemente de registro*, nos termos da Lei 8.009/90. Esse bem legal só gera a *impenhorabilidade* e não a inalienabilidade. O bem legal não tem limite de valor.

- O *voluntário* tem a vantagem de poder afetar a renda no caso de alguém ter dois imóveis, um de grande e outro de menor valor. O *legal* sempre recai no de menor valor. O de maior pode ser instituído como bem de família voluntário.
- O STJ tem admitido o desmembramento do imóvel para efeito de penhora (REsp 188706, 139010, 515122), indo de encontro ao art. 1º, da Lei 8.009/90. Vale lembrar que o STJ editou a Súmula 205, admitindo a aplicação da lei do bem de família para penhoras realizadas antes de sua vigência.
- Exceções ao bem de família legal: art. 3º, da Lei 8.009/90. O Ministro Carlos Veloso (ex STF), disse que o artigo 3º, inciso VII, é inconstitucional (mas o Plenário do STF, no julgamento do RE 352940-4/SP, entendeu que o dispositivo é constitucional). Ou seja, o imóvel do *fiador* pode ser penhorado para pagar dívida do devedor principal.
- REsp 450989/RJ – o imóvel de solteiro também é protegido pela impenhorabilidade (sob o prisma do direito fundamental da dignidade da pessoa humana).
- A grande novidade trazida pelo CC é a permissão legal de se poder *afetar* rendas na instituição do bem de família voluntário (art. 1712, do CC). A jurisprudência já apontava nesse sentido (tutelando rendas relativas a bens de família), como podemos notar no REsp 439920.
- A administração do bem de família voluntário está no art. 1720, do CC, e a sua extinção está no 1722.

“Fato jurídico, em sentido amplo, é todo acontecimento, natural ou humano, apto a deflagrar efeitos na órbita jurídica” – Divide-se em:

- FATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO: todo acontecimento natural que independe da vontade do homem, mas deflagra efeitos na órbita jurídica. Subdivide-se em *ordinários* (freqüentes, comuns – ex. nascimento, morte, decurso do tempo) e *extraordinários* (são os inesperados, que não se pode evitar – ex. terremoto).
- AÇÕES HUMANAS: podem ser lícitas ou ilícitas. As ações humanas ilícitas geram atos ilícitos (no Código está em título separado, não sendo considerado ato jurídico. Alguns autores entendem que os atos ilícitos são espécies de atos jurídicos). Os atos lícitos são, pelo CC, considerados, estes sim, atos jurídicos. O ato jurídico subdivide-se em:
  - a) Ato jurídico em sentido estrito: (não negocial) – Trabuchi, Vicente Ráo, José Abreu, Caio Mário – consiste em comportamento humano, voluntário e consciente, cujos efeitos estão predeterminados na lei. Falta-lhe autonomia negocial ou liberdade na escolha desses efeitos (ex. fisgar um peixe; colher um fruto; notificação; intimação; protesto – os efeitos são dados pela lei, como a propriedade, no caso do peixe e dos frutos, e de comunicação da parte, no caso dos outros exemplos). O que caracteriza o ato jurídico em sentido estrito é a falta de liberdade em escolher os efeitos, que são dados pela lei.
  - b) Negócio jurídico: manifestação de vontade complexa, resultante da conjugação das vontades interna e externa do declarante. Trata-se de uma declaração de vontade por meio da qual o agente regula ou disciplina os efeitos que escolhem. Aqui existe liberdade negocial na escolha dos efeitos. Além dos contratos, o testamento também é negócio jurídico. A corrente teórica que mais influenciou o CCB é a da vontade interna (a que passa na cabeça do sujeito, a construção da vontade) – art. 112, do CC.
- ATO/FATO JURÍDICO: (Pontes de Miranda) – “é um comportamento humano desprovido de consciência e discernimento, mas que, ainda assim, produz efeitos na órbita jurídica”. Ex. a especificação realizada pelo alienado (o louco que, por exemplo, morde uma argila e, inconscientemente, produz uma obra de arte; tal obra será do alienado, mesmo que produzida inconscientemente; ou no caso de uma criança que faz uma compra).
- O negócio jurídico pode ser dividido em três planos:
  - 3) Plano de existência: elementos que compõem a substância do negócio jurídico. Sem eles o negócio não existe, é um nada. Quatro pressupostos: *manifestação de vontade* (interna e externa); *agente*, *objeto do negócio*; *forma* (meio pelo qual a vontade se exterioriza – ex. oral, escrita).

- 4) Plano de validade: são os pressupostos de existência qualificados: *manifestação de vontade livre e de boa-fé* (na falta de um desses pressupostos, há vícios no negócio – erro, dolo, coação, etc.); *agente capaz e legitimado* (faltando legitimidade ao agente – quando há impedimento específico para o ato – o negócio é inválido. Falta *pertinência subjetiva*); *objeto lícito, possível, determinada ou determinável*; *forma prescrita e não defesa em lei*.
- 5) Plano de eficácia: condição, termo e encargo (vide especificadamente adiante).

### Vícios do negócio jurídico

- **ERRO**: falsa representação positiva da realidade. É uma opinião errada sobre alguma coisa, segundo Caio Mário. É causa de anulação do negócio jurídico (art. 138, do CC). Diz a doutrina clássica que o erro, para anular o negócio jurídico, precisa ser *substancial* (que ataca a essência do negócio) e *perdoável*. O Enunciado n. 12 da Jornadas de Direito Civil, entende que, à luz do princípio da confiança, esse requisito (perdoável) é dispensável. O erro pode ser, fundamentalmente, de três espécies (art. 139, do CC): *erro sobre o negócio, sobre o objeto, sobre a pessoa* (esses são os erros de fato), e o *erro de direito* (não significa o descumprimento intencional da lei. Incide na ilicitude do ato que se realiza, ou seja, trata-se de um erro quanto ao alcance da norma jurídica. Pressupõe a boa-fé de quem o invoca). A diferença entre o *erro* e o *vício redibitório* é que aquele é um vício psicológico e é causa de anulação do negócio; este é um defeito oculto da coisa.
- **DOLO**: é o erro provocado. Pode anular o negócio jurídico, quando for principal (o que ataca a causa do negócio – art. 145, do CC). O dolo *acidental* é o que ataca aspectos do negócio (este não anula o negócio, gera apenas obrigações de pagar perdas e danos – art. 146, do CC). O que é dolo negativo? É o silêncio intencional que prejudica (art. 147, do CC). O dolo pode provir de terceiros (art. 148, do CC) – esse dolo aqui estudado é o *dolus malus*. O *dolus bônus* é prática mais comumente utilizada na publicidade.
- **ESTADO DE PERIGO**: é um vício que traduz a aplicação do estado de necessidade aos negócios jurídicos, causando a sua anulação – art. 156, do CC. Ex. cheque caução para atendimento de emergência a paciente (o estado de perigo pode ser invocado para anular o negócio). Resolução 44, da ANS diz ser possível uma representação no MP Federal contra hospitais que adotam essa prática (é a aplicação do *princípio da socialidade*).
- **COAÇÃO**: a coação que vicia o negócio jurídico, causando-lhe anulabilidade, é a coação moral (*vis compulsiva*), entendida como a violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar um negócio contra a sua vontade. A coação física (*vis absoluta*) gera a inexistência, neutraliza a vontade. A coação é causa de anulabilidade do negócio jurídico. Só pode ser apreciada em concreto (art. 152, do CC). Não se confunde coação com exercício regular de direito ou com temor reverencial (art. 153, do CC). Dano moral *in re ipsa* é aquele que dis-

pensa prova, como no caso de negatização do nome, indevidamente, no SPC, SERASA, etc. A coação pode ser exercida por terceiro (arts. 154/155, do CC).

- **LESÃO:** é um defeito intimamente ligado ao abuso do poder econômico. A lesão, causa de invalidade (gênero, do qual são espécies a anulabilidade e a nulidade) do negócio jurídico, traduz um prejuízo resultante da desproporção entre as prestações do negócio jurídico em face do abuso da necessidade ou inexperiência de uma das partes. São elementos da lesão:

d) Objetivo: desproporção entre as prestações.

e) Subjetivo: abuso da necessidade ou inexperiência de uma das partes. Acresça-se, a isso, o *dolo de aproveitamento* (intenção de prejudicar).

Obs. Lesão não se confunde com teoria da imprevisão. Esta pressupõe um contrato válido, que se desequilibra depois, em razão de uma circunstância superveniente; naquela, o desequilíbrio nasce com o contrato, invalidando-o.

A lesão e o direito positivo: a primeira lei brasileira que cuidou da lesão foi criminal – Lei de Economia Popular n. 1521/51 – considerava a lesão e a usura como crimes. Depois, a lesão foi prevista na CLT (art. 462, § 2º e 4º) – proíbe a *truck system* (empregados obrigados a comprar alimentos/mantimentos no armazém do empregador, por preço exorbitante). Finalmente, uma lei de cunho civil cuidou da lesão, o CDC, previsto nos arts. 6º, V, 39, V e 51, IV – considera a lesão cláusula abusiva. No CDC é causa de *nulidade absoluta*. Além disso, é objetiva (dispensa-se a prova do dolo de aproveitamento). O CC não utiliza regra de tarifamento, cabendo ao juiz aplicar. O Enunciado n. 149, das Jornadas de Direito Civil reafirma a importância do § 2º do art. 157 do CC.

- **SIMULAÇÃO:** é o único defeito do negócio jurídico, previsto no CC, que é *causa de nulidade absoluta*. Segundo Clóvis Bevilácqua, a simulação é uma *declaração enganosa de vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*. Ocorre quando se celebra um negócio aparentemente normal, mas que não pretende atingir o efeito que juridicamente deveria produzir. A simulação pode ser absoluta ou relativa (chamada também de *dissimulação*):

1) Simulação absoluta: celebra-se um negócio jurídico destinado a não produzir efeito algum.

2) Simulação relativa: as partes criam um negócio jurídico destinado a encobrir um outro negócio, cujos efeitos são proibidos por lei (dissimulação). Regra geral gera anulação absoluta. Nesse tipo de simulação, sempre que o juiz puder, ele aproveitará o negócio (princípio da conservação) – art. 167, do CC.

Obs. A simulação é sempre bilateral. As partes se unem para prejudicar terceiros.

Obs. 2. O que é reserva mental? Também chamada de *reticência*, configura-se quando o agente mantém recôndita, escondida, a intenção de não cumprir a finalidade do negócio. É o pensamento reservado. Manifestada a reserva mental, a doutrina entende que o negócio está prejudicado. Uma primeira corrente doutrinária, capitaneada pelo Min. Moreira Alves, seguida pelo CC (art. 110), sustenta que uma vez manifestada a reserva, o negócio é inexistente. A segunda corrente doutrinária sustenta que, manifestada a reserva mental, o negócio é inválido (por dolo ou simulação).

- FRAUDE CONTRA CREDITORES: é o vício social. Consiste na prática de um ato negocial que diminui o patrimônio, prejudicando credor pré-existente. Para a doutrina clássica, dois elementos caracterizam a fraude: *consilium fraudis* (má-fé) e *eventus damini* (prejuízo do credor pré-existente). Para a doutrina moderna, não há necessidade de se provar a má-fé, visto ser ela presumida. Hipóteses legais de fraude contra credores:
  - a) Negócio de transmissão gratuita de bens.
  - b) Remissão de dívida (perdão fraudulento).
  - c) Contratos onerosos (quando a um benefício que se recebe, corresponde um prejuízo. Ex. contrato de compra e venda) do devedor insolvente, em duas hipóteses: quando a insolvência for notória; quando houver motivo para a insolvência ser conhecida do outro contratante.
  - d) Antecipação de pagamento a um dos credores quirografários (sem garantia).
  - e) Outorga de garantia de dívida dada a um dos credores quirografários.
- AÇÃO PAULIANA: ação pela qual o credor ataca a fraude. É uma *ação pessoal*, com prazo decadencial de 4 anos, a contar da celebração do negócio. O legitimado ativo é o credor pré-existente quirografário (em regra). O credor com garantia também pode fazer uso da penhora (§ 1º, art. 158, do CC). A legitimidade passiva é do devedor insolvente, a pessoa que com ele contratou e o terceiro de má-fé (art. 161, do CC).
- Natureza jurídica da sentença na ação pauliana: a doutrina, desde Clóvis Beviláqua, chegando a Moreira Alves, e que influenciou o Código de 1916 e o de 2002, sustenta que a sentença é *anulatória* (art. 165, do CC). Porém, o professor Yussef Saidy Carraly, diz que a sentença na ação pauliana declara a ineficácia do ato, sendo *declaratória*. Prevalece o primeiro entendimento.

Também chamado *elementos accidentais*.

- **CONDIÇÃO:** é um acontecimento futuro e incerto, que subordina ou resolve os efeitos de determinado negócio. Toda condição tem duas características básicas: futuridade e certeza (quanto à sua ocorrência). A morte, por exemplo, em regra, não é condição, por ser incerta. Porém, sendo ela limitada no tempo, o período em que deva ocorrer, se converte em condição. É sempre uma cláusula que deriva da vontade das partes (art. 121, do CC). Não se concebe mais a *condicionis juris*. Classificação:
  - a) Modo de atuação condição: *resolutiva* (arts. 127/128, do CC) e *suspensiva* (art. 125, do CC). A primeira é aquela que, quando implementada, resolve ou desfaz os efeitos jurídicos do negócio. A segunda se dá quando suspende ou paralisa os efeitos (direitos e obrigações) do negócio, até que seja implementada.
  - b) Quanto à origem: *casual* (é condição vinculada a um evento da natureza); *mista* (é a condição que depende da vontade da parte, aliada à vontade de terceiros); *potestativa* (divide-se em *simplesmente potestativa*, que é a condição boa, lícita. Embora derivada da vontade de uma das partes, não é arbitrária, pois depende, também, de fatores circunstanciais. Ex. prêmio a um jogador para ser o melhor do campeonato; *puramente potestativa*, que é a condição má, ilícita, arbitrária – deriva do capricho de uma das partes. Geralmente contém a locução “se quiser” – cláusula leonina. A chamada *condição promiscua* é aquela que nasce simplesmente potestativa e se impossibilita depois. Ex. o jogador de futebol que quebra a perna antes do fim do campeonato e deixa de cumprir a condição de ser o artilheiro.
  - c) Quanto à ilicitude: *lícitas* (art. 122, do CC) – quando for conforme à lei, à ordem pública e aos bons costumes; *ilícitas* (art. 123, do CC) – quando for contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes. A lei considera também ilícita a condição puramente potestativa e a condição *perplexa*. Toda condição ilícita num contrato invalida todo ele (condição *perplexa* é aquela contraditória em seus próprios termos, de maneira a privar o negócio jurídico dos seus efeitos).
- **TERMO:** acontecimento *futuro* e *certo*, que subordina o início ou o término da eficácia jurídica do negócio. É sempre certo quanto a sua ocorrência. As datas são um termo. O termo só impede a executoriedade do negócio, mas não impede a aquisição dos direitos (art. 131, do CC).
- **ENCARGO:** é um ônus que se atrela a uma liberalidade. É um prejuízo que se suporta em troca de um benefício. É típico dos negócios gratuitos, como na doação (arts. 136/137, do CC).
- **Observação:** qual a diferença entre motivo (psicológico) e causa? O motivo é íntimo, interno. A causa é a finalidade, o *motivo determinante*, o que leva o sujeito a firmar um negócio. A causa é a função do contrato (art. 137, do CC).

## TEORIA DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

- O negócio nulo viola norma cogente de ordem pública; diferentemente, o anulável viola norma dispositiva que tutela interesse particular.
- Observação: invalidade é gênero, do qual são espécies a *nulidade* (absoluta), e a *anulabilidade* (relativa). As nulidades nunca são implícitas, sempre serão expressas. Não há nulidade sem prejuízo (*pas de nulité sans grief*); não há nulidade sem texto.
- **Nulidade absoluta:** arts. 166/167, do CC. Quando a causa for ilícita o negócio é nulo (causa = motivo determinante) – art. 166, III, do CC (ex. seguro para cobrir aposta). Fraudar a lei = cláusula aberta. A fraude a qualquer lei anula o negócio (art. 166, VI, do CC).
- Características do negócio nulo:
  - a) A nulidade absoluta pode ser argüida por qualquer pessoa, inclusive reconhecida, de ofício, pelo juiz (art. 168, do CC).
  - b) Negócio nulo não admite confirmação (art. 169, do CC).
  - c) A sentença declaratória de nulidade tem efeitos *ex tunc*.
  - d) Nulidade absoluta é imprescritível (art. 169, do CC). Imprescritível é a declaração da nulidade, mas os efeitos patrimoniais prescrevem, por segurança jurídica.
- **Nulidade relativa:** também chamada de anulabilidade; tem base legal no art. 171, do CC. Características do negócio anulável:
  - a) A anulabilidade não pode ser reconhecida pelo juiz, de ofício, exigindo ação anulatória proposta pelo legítimo interessado (art. 177, do CC).
  - b) O negócio anulável admite confirmação (arts. 172/174, do CC). É medida sanatória do negócio anulável.
  - c) A sentença anulatória tem efeitos *ex tunc*. Exemplo excepcional de *sentença desconstitutiva de eficácia retro-operante*.
  - d) O negócio anulável, diferentemente do nulo, não é imprescritível, submetendo-se aos prazos decadenciais dos arts. 178 e 179, do CC (4 anos: prazo geral; 2 anos: prazo supletivo – art. 179, do CC). A Súmula 494, do STF, caiu.
- **CONVERSÃO SUBSTANCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO:** medida sanatória que serve também ao negócio nulo (João Alberto Schützer del Nero – *Conversão substancial do negócio jurídico* – Ed. Renovar). Conceito: “é uma medida

sanatória por meio da qual aproveitam-se os elementos materiais de um negócio jurídico inválido, convertendo-o em negócio válido de fins lícitos”. Elementos: *objetivo* (aproveitamento material ou fático do negócio inválido); *subjetivo* (é a intenção das partes, permitindo supor que optariam pelo negócio convertido se soubessem da nulidade. Ex. conversão de contrato de compra e venda de imóvel, nulo por vício de forma, em promessa de compra e venda válida).

- DIREITO INTERTEMPORAL E NEGÓCIO JURÍDICO: na segunda parte do art. 2.035, do CC, retroage para atingir negócios jurídicos anteriores, cuja execução ainda esteja em curso. Normas do Código novo que interfiram, não na validade, mas na execução de um contrato anterior, são aplicáveis. Ex. normas que cuidam da teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*).
- Observação: a validade não retroage; a eficácia, sim.

## PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

- Doutrina da Agnelo Amorim Filho: “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis” – RT, vol. 711 – out/1997 e RT, vol. 300).
- Prescrição: ataca a *pretensão*, que nasce quando o direito material é violado. Neste momento, surge para o credor o poder jurídico de, coercitivamente, exigir o cumprimento da obrigação. O direito de ação é imprescritível, o que prescreve é a *pretensão* do direito (art. 189, do CC).
- Decadência (ou caducidade): está relacionada ao direito potestativo (é um direito sem conteúdo prestacional – traduz a prerrogativa de interferir na esfera jurídica de outrem, sem que este nada possa fazer – ex. o término de um namoro, que só depende da vontade de quem quer terminá-lo. A outra parte nada pode fazer, a não ser se submeter). Contudo, existe direito potestativo com prazo, ocasião em que será sempre decadencial. O prazo decadencial pode ser legal ou convencional (vale lembrar que os prazos prescricionais *sempre* são legais).
- Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição: as *impeditivas* e *suspensivas* dependem do momento em que ela ocorre (arts. 197, 198 e 199, do CC). Geralmente as causas impeditivas ou suspensivas são identificadas nos artigos pela expressão “não corre a prescrição” no início da frase. A causa pode ser suspensiva quando o prazo já estiver iniciado, paralisando-o. As *interruptivas* zeram o prazo. Interrompido, começa toda a contagem, desprezando-se o prazo já transcorrido – art. 202, do CC (combinar este artigo com o 219, do CPC, que diz que a interrupção da prescrição *retroage* à data da propositura da ação, e não a partir da data em que o juiz determina a citação).

- Características da prescrição e da decadência:
  - a) Os prazos prescricionais, por serem sempre legais, não podem ser alterados pela vontade das partes (art. 192, do CC); os prazos decadenciais legais também não podem; já os convencionais, obviamente, admitem alteração.
  - b) A prescrição, por ser uma defesa do devedor, pode ser renunciada, nos termos do art. 191, na mesma linha a decadência convencional, não se admitindo a renúncia ao prazo decadencial legal (art. 209, do CC). A lei proíbe a renúncia antecipada da prescrição (art. 191, do CC). Somente depois de consumada, pode o devedor renunciar e pagar a dívida, por exemplo.
  - c) A decadência legal pode ser reconhecida pelo juiz, de ofício (a convencional, não). Já a prescrição poderá ser pronunciada de ofício pelo juiz – Lei 11.280/06. À luz dos princípios do contraditório e da cooperatividade, deve o juiz, antes de pronunciar a prescrição, abrir o prazo para que as partes se manifestem, especialmente o devedor (este pode pretender renunciar à prescrição e pagar).
- Dica de concurso: no CC, os prazos prescricionais estão contidos em dois únicos artigos: 205 e 206. Todos os outros prazos que não estiverem contidos nos dispositivos citados são decadenciais, sem exceção.
- Contagem de prazo: vide art. 2.028, do CC – prazo transcorrido mais da metade aplica-se o Código anterior. Se o novo CC tiver entrado em vigor quando o prazo tiver transcorrido menos da metade, aplica-se o prazo do Código Novo, a partir de sua entrada em vigor.

## DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

“Trata-se do conjunto de normas reguladoras da relação jurídica pessoal entre um credor e um devedor, a quem cumpre o dever principal de realizar uma prestação de dar, fazer ou não fazer”.

- Conceitos fundamentais:
  - a) No sentido estrito, obrigação significa dever jurídico (*debitum*).
  - b) No sentido amplo, obrigação significa a própria relação jurídica que vincula o credor ao devedor.

Obs. Em caráter excepcional, surge na vida jurídica um tipo de obrigação híbrida (pessoal e real) denominada *obrigação propter rem* ou *ob rem*. Cuida-se de

um tipo de obrigação que não é totalmente pessoal, pois acede, justapõe-se a um determinado bem, acompanhando-o (ex. obrigação de pagar taxa condominial).

- Estrutura da obrigação: três elementos compõem a estrutura da obrigação:
  - a) Ideal: vínculo que une o credor e o devedor.
  - b) Subjetivo: os sujeitos, credor e devedor, são determinados ou determináveis. Essa indeterminabilidade é sempre relativa, ou seja, transitória, temporária (ex. promessa de recompensa; título ao portador).
  - c) Objetivo: é o seu objeto; e o objeto da obrigação é a *prestação*. A prestação consiste na atividade do devedor voltada à satisfação do crédito. Esta atividade pode ser de dar, fazer e não fazer.

Obs. Ainda no que tange aos sujeitos da relação obrigacional, o que é *núncio*? É simplesmente um portador da vontade da parte, um simples mensageiro. Pode ser até mesmo um absolutamente incapaz, pois ele não realiza ato jurídico.

- Característica da prestação: *lícita, possível e determinada* (ou ao menos determinável).
- A patrimonialidade é característica da prestação? A patrimonialidade é a regra geral, mas não absoluta da prestação (ex. o falecido que estipula em testamento o desejo de ser sepultado em determinado lugar – aqui a patrimonialidade não é imprescritível, não há obrigação patrimonial, mas existe obrigação).
- Fontes das obrigações: é o fato jurídico que cria a relação obrigacional. Ex. contrato, ato ilícito.
- Classificação básica das obrigações: *positivas* (as de dar e fazer); *negativas* (as de não fazer).
- Obrigação de não fazer: é uma abstenção juridicamente relevante (ex. obrigação de não levantar um muro; obrigação de não ministrar aula em curso concorrente). A obrigação de não fazer é descumprida quando o devedor faz (art. 251, do CC). Sempre que não houver culpa do devedor, a obrigação simplesmente se extingue (art. 250, do CC).
- Obrigação de fazer: tem por objeto a prestação de um fato. Esta obrigação de fazer pode ser infungível (personalíssima) ou fungível (não personalíssima) – arts. 248/249, do CC).
- Obrigação da dar:

- a) Coisa certa: tem por objeto a prestação de uma coisa. Obrigação de dar pode significar transferência da propriedade, entregar a posse e devolver a coisa. A obrigação de dar coisa certa é a especificada, individualizada. É regida por um princípio básico: “o credor não está obrigado a receber a prestação diversa, ainda que mais valiosa”.
- b) Coisa incerta: também chamada *obrigação genérica*. É aquela indicada apenas pelo gênero e quantidade, faltando-lhe a especificação de sua qualidade (art. 243, do CC).

Obs. Quem faz a escolha da qualidade? O devedor, se o contrário não foi estipulado (art. 244, do CC) – a escolha é feita pela média: nem a melhor nem a pior.

Obs. 2. Que nome se dá ao ato pelo qual a parte especifica a qualidade da coisa, convertendo a obrigação incerta em obrigação certa? *Concentração do débito ou concentração da prestação devida*.

Obs. 3. O devedor de uma obrigação de dar coisa incerta pode alegar caso fortuito ou força-maior? Não, pois o gênero não perece jamais (art. 246, do CC). A regra, tradicional, no sentido de que *o gênero não perece jamais*, pode sofrer alteração do Projeto de Lei 6.960/2002, caso esse gênero seja limitado na natureza.

- **PRISÃO CIVIL**: tem raiz no Código de Hamurábi e na Lei das XII Tábuas, do Direito Romano, que permitia a execução pessoal do devedor. Isso somente acabou com a entrada em vigor da *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C) – meio coercitivo para forçar o cumprimento de uma obrigação, mediante a privação da liberdade do devedor (Prisão Civil). A Constituição traz a prisão civil como exceção, apenas em casos de inadimplemento voluntário de obrigação e depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF). Para o Pacto de *San José da Costa Rica*, somente é válida a prisão decorrente de alimentos não pagos. Mas ainda hoje o STF permite a prisão de depositário infiel. A Súmula 309 do STJ *dizia* que a prisão civil alimentar poderia ser manejada para forçar o pagamento das prestações que vencerem durante o processo ou as três últimas *anteriores à citação*. Hoje, a Súmula 309 diz que o pagamento se dará em relação às três últimas prestações, a partir do *ajuizamento* da ação (desde o protocolo). O depositário infiel é a parte no contrato de depósito que, violando a boa-fé objetiva, descumpra obrigação de restituir a coisa (a prisão civil do depositário é permitida, pelo Direito brasileiro, até que o depositário infiel devolva a coisa – art. 901, do CPC). Há, também, o depositário nomeado pelo juiz, que não é parte em contrato – Súmula 619, do STF (prisão com prazo máximo de um ano).
- **Observação**: é cabível a prisão civil do devedor na alienação fiduciária? O STF *dizia* que sim (HC 72131 e RE 206482). Porém, em julgamento do dia 22/11/2006, derrubou a possibilidade dessa prisão.

- Alienação fiduciária traduz um negócio jurídico bilateral, no qual se pretende a transferência da propriedade resolúvel ao credor, com a finalidade de garantir um pagamento. A alienação fiduciária, no Brasil, é disciplinada pelas seguintes leis: 4.728/65; Decreto-Lei 911/69; 9.514/97 (alienação fiduciária de imóveis); 10.931/04.
- Na alienação fiduciária o devedor fiduciante aliena o bem ao banco fiduciário, em garantia do pagamento. Deixando de pagar, a propriedade do bem passa ao banco. O devedor fiduciante torna-se um fiel depositário do bem.
- Observação: purgação da mora (pagamento da mora, do atrasado) – Súmula 284/STJ (derrubada pela Lei 10.931/04 – o devedor sempre pode pagar a dívida pendente, independentemente do valor que já pagou – Resp 767227/SP). Para os contratos anteriores à Lei ainda se aplica a Súmula 284.
- O STF, pelo seu Plenário, (HC 72131 e RE 206482) mantém-se favorável à prisão civil do devedor na alienação fiduciária. Entende que o devedor fiduciante é depositário e, caso o bem não seja encontrado via busca e apreensão, permite-se prender o devedor (o que é um verdadeiro absurdo!! – há os meios próprios de cobrança).
- O STJ tem sido, majoritariamente, contrário à prisão civil na alienação fiduciária, por considerá-la flagrantemente inconstitucional, não só por falta de previsão, mas pela afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.
- A rigor, depositário seria apenas a parte no contrato de depósito. Portanto, não seria correto chamar de depositário o devedor fiduciante.
- A Lei 10.931/04 diz que, em caso de busca e apreensão, seria considerado estelionato o desaparecimento do bem. Mesmo nesse caso *penal*, não se permitiria a prisão do devedor, cabendo suspensão condicional da pena. Seria absurdo permitir a prisão do devedor na seara civil, se nem mesmo na penal seria ela possível, num primeiro momento.
- Pode haver mudança no STF, em relação à prisão civil: RE 349703/RS e RE 441719/MT.

## CLASSIFICAÇÃO ESPECIAL DAS OBRIGAÇÕES

- ALTERNATIVAS: a obrigação alternativa é de *objeto múltiplo*, ou seja, as prestações são unidas pela partícula distintiva *ou* (vide art. 252, do CC) – unanimidade entre os optantes. Não se confunde com a dita *obrigação facultativa*, que é uma obrigação de objeto único, posto se configura ao devedor a faculdade de substituir a prestação, no ato do pagamento.

- **DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS:** art. 257 e segs., do CC. As divisíveis são aquelas que admitem o cumprimento fracionado da obrigação; já as indivisíveis não podem ser cumpridas por inteiro. A doutrina diz que a indivisibilidade pode ser: *legal* (que decorre de lei – ex. módulo rural); *natural* (o objeto é naturalmente indivisível – ex. clássico: um cavalo); *convencional* (acordo entre as partes). O grande problema da indivisibilidade é quando há mais de um credor. Exonera-se o devedor, pagando apenas a um dos credores, desde que este credor apresente ao devedor um documento intitulado *caução de ratificação*, dizendo que os outros credores aceitam o pagamento àquele credor.
- **SOLIDÁRIAS:** solidariedade se caracteriza quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores ou devedores, cada um com direito ou obrigado a toda a dívida, ativa e passiva (art. 264, do CC). A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes – art. 265, do CC (isso é dogmático, visceral, imanente!!).
- **Solidariedade ativa:** segundo Antunes Varella, na solidariedade ativa os credores têm a faculdade de exigir do devedor a prestação por inteiro, de maneira que o devedor exonera-se cumprindo a obrigação a qualquer dos credores (art. 267, do CC) – vide art. 12, da Lei 209/48 (débitos de pecuaristas) – solidariedade que gera risco – ex. alguém perdoar. Na conta-corrente conjunta existe uma solidariedade ativa por vontade das partes. São credores do valor depositado no banco, podendo movimentar todo o crédito. A jurisprudência do STJ tem entendido que, a despeito da solidariedade ativa, não se pode responsabilizar o credor inocente pelos cheques emitidos pelo outro, sem provisão de fundos (REsp 708612-RO, J. em 25/04/2006).
- **Solidariedade passiva:** entre devedores, prevista a partir do art. 275, do CC. É vantajosa para o credor, uma vez que pode cobrar parte da dívida ou toda a dívida, de apenas um dos devedores. Cabe ação regressiva do devedor que pagou, contra os outros. Uma vez demandado o devedor solidário, nos termos do art. 281, do CC, ele poderá opor as defesas (exceções) comuns a todos os devedores, bem como as suas defesas pessoais (vide art. 279, do CC).
- **Observação:** a indivisibilidade olha para o objeto; a solidariedade olha para os sujeitos (devedor e credor).

## TEORIA DO PAGAMENTO

- Pagamento traduz o cumprimento voluntário de uma obrigação, que pode ser de dar, fazer ou não fazer. Natureza jurídica do pagamento: fato jurídico de natureza negocial de vontade. O pagamento, para ser válido e eficaz, deve respeitar condições subjetivas e objetivas:
  - a) **Subjetivas - quem deve pagar:** (devedor ou representante) – o art. 304, do CC, inclui um terceiro como legítimo pagador. Existem duas espécies de

terceiro: o *interessado* e o *não interessado*. O primeiro é o que detém interesse jurídico no pagamento (ex. fiador, avalista), sub-rogando-se no crédito e nas garantias e privilégios da dívida; o segundo (não interessado) é desprovido de interesse jurídico, devendo-se verificar se o pagamento foi feito em seu próprio nome ou em nome do devedor. No primeiro caso, terá apenas o direito de cobrar o que pagou. No segundo caso, o terceiro não interessado não terá direito a nada. A lei brasileira permite a oposição do pagamento feito por terceiro, nos termos do art. 306. Esta posição harmoniza-se com o processo de repersonalização do Direito Civil, que pretende recolocar o homem no centro da investigação jurídica, em lugar do patrimônio, como sustenta Luiz Edson Fachin, em sua monumental obra *Teoria Crítica do Direito Civil*.

b) A quem se deve pagar: (ao credor ou ao seu representante). Mas a Lei (art. 308, do CC), permite que o pagamento seja feito a um terceiro, mas só valerá com a ratificação do credor ou com a comprovação de que o dinheiro foi revertido em seu favor. Também pode ser feito o pagamento ao credor aparente ou putativo (art. 309, do CC).

- Sobre *teoria da aparência* vide Vicente Ráo e Maurício Pereira da Mota. Essa teoria deve ser entendida como um verdadeiro princípio jurídico, segundo o qual situações aparentes de direito devem, por conta da boa-fé e da escusabilidade do erro, ser mantidas pelo Poder Judiciário (ex. domicílio aparente; herdeiro aparente; posse do estado de casado; teoria do funcionário de fato) – vide art. 1554, do CC. Vide AgRg no Ag 712646/RJ – citação de funcionário de pessoa jurídica é válida por conta da teoria da aparência.
- Credor putativo: trata-se de um credor aparente, em que aquele que recebe o pagamento, induzindo o devedor de boa-fé a um erro escusável, não tem legitimidade para tanto (art. 309, do CC).
- Condições objetivas do pagamento – objeto do pagamento e sua prova: o credor não está obrigado a receber por partes, se assim não foi convencionado (art. 314, do CC); no Direito brasileiro, a regra geral, salvo contratos internacionais e assemelhados, o pagamento deve ser feito em dinheiro (moeda nacional) – art. 315, do CC; é lícito pactuar o aumento progressivo de prestações sucessivas (art. 316, do CC) – segundo Venosa, essa norma pode acabar dando força aos defensores da tabela *price*.
- Prova do pagamento: dá-se por meio de um ato jurídico denominado *quitação*. O recibo é o documento que materializa a quitação (art. 320, do CC). Presunção de pagamento (arts. 322/324, do CC) relativa.
- Lugar do pagamento: no Direito brasileiro, a regra é o domicílio do devedor (quesíveis ou *querable*). Em caráter de exceção, pode o pagamento ser feito no domicílio do credor (portáveis ou *portable*) – vide art. 327, do CC. Havendo mais de dois lugares designados, cabe ao *credor* a escolha do lugar do pagamento (art. 327, parágrafo único). Em caso de imóvel, o pagamento será feito no lugar da situação do bem (art. 328).

- Tempo do pagamento: para as obrigações que tenham prazo, o tempo do pagamento é o vencimento. Sujeito à condição, o pagamento é feito quando ocorre a condição. Sem termo de vencimento certo, a obrigação de pagar será quando o credor exigir (arts. 331 e 332, do CC).
- Observação: Caio pediu emprestado R\$ 20,00 a Tício, amigo seu, e não estabeleceu prazo para o pagamento. Quando cobrar a dívida? No caso desse tipo de obrigação (de dar dinheiro) há uma exceção à regra: o prazo será de 30 dias – art. 592, II.

## FORMAS ESPECIAIS DE PAGAMENTO

- Pagamento com sub-rogação: é o mesmo que dizer *pagamento com substituição*. Dois tipos: *real* ou *objetiva* (substituição de coisas, de bens); *pessoal* ou *subjetiva* (substituição de sujeito – credores e devedores). Pagamento com sub-rogação traduz uma especial forma de pagamento, por meio do qual o credor primitivo cede lugar a um novo credor, que efetivou o pagamento. Pode ser *legal* (art. 346, do CC) – substituição imposta pela lei; opera-se de pleno direito nas hipóteses do art. 346, do CC; ou *convencional* (art. 347, do CC) – depende da vontade das partes.
- Efeito do pagamento com sub-rogação: extintivo da obrigação para o credor que sai e translativo para o credor novo que entra.
- Observação: seguindo o art. 593, do Código de Portugal, o art. 350 do CC dispõe que o novo credor somente poderá cobrar o que efetivamente desembolsou.
- Observação 2: Fiança locativa X penhorabilidade do bem de família. O art. 3º, da Lei 8.009/90 diz que o fiador não goza da proteção do bem de família (absurdo constitucional, mas aceito). O STJ, no REsp 255663/SP manteve essa tese de penhora do bem do fiador. Ao assumir o posto de credor, sob pena de inconstitucionalidade, à luz da *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo* (Luiz Edson Fachin), não se deve entender, na sub-rogação, como juridicamente possível a penhora do bem de família do devedor pelo fiador que paga a dívida. Porém, o bem do fiador pode ser penhorado pelo credor, se o devedor principal não pagar a dívida (absurdo!!).

## DAÇÃO EM PAGAMENTO

- *Datio in solutum*. A doação *pro solvendo* não é um meio definitivo de satisfação do credor; segundo o grande Antunes Varella, trata-se simplesmente de um meio facilitador do pagamento. Não é desse tipo de dação que aqui se trata. Aqui, trataremos da *datio in solutum*, que é um meio efetivo de satisfa-

ção do credor, que aceita receber prestação diversa da que lhe é devida (art. 356, do CC). Requisitos:

- a) Existência de uma dívida vencida.
- b) Consentimento do credor.
- c) Entrega de uma prestação diversa da que era devida.
- d) *Aninus solvendi* – intenção de pagar.

Obs. Coisa evicta é aquela perdida para um terceiro, que provou direito anterior sobre ela – art. 359, do CC. Já se admite dação em pagamento em direito de família, para impedir prisão por não pagamento de alimentos (HC 20317/SP). Vide REsp 494377/SP – sobre objeto do pagamento e abuso do poder econômico).

## NOVAÇÃO

- *Novum, novatio* – meio especial de pagamento. Ocorre quando as partes criam uma obrigação nova, destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior. Zeram os prazos, estipulam-se nova data, novo vencimento, novos juros. Criam uma obrigação nova a partir dali. Não existe novação legal; sempre pressupõe acordo de vontades. Requisitos gerais:
  - a) Existência de uma obrigação anterior.
  - b) Se a obrigação anterior for anulável ela pode ser novada, mas as obrigações nulas ou extintas não podem.

Obs. As obrigações naturais (desprovidas de exigibilidade jurídica) podem ser novadas? Se o devedor paga, mesmo não sendo obrigado (como no caso de aposta, dívida de jogo, etc.), o credor pode reter o pagamento, daí podendo a obrigação ser novada. A intenção de novar (*animus novandi*), está prevista no art. 361, do CC. A criação de uma obrigação nova substancialmente diversa da primeira. A renegociação de uma dívida não implica, necessariamente, a existência da novação; para que exista, é preciso que as partes, efetivamente, constituam uma obrigação nova, liquidando a obrigação anterior.

Obs. 2. Jurisprudência predominante, inclusive sumulada (286/STJ), é no sentido de admitir a discussão da validade das cláusulas do contrato novado ou renegociado.

Obs. 3. A jurisprudência do STJ, no caso do REFIS, tem sustentado que o parcelamento do débito tributário extingue a obrigação primitiva, caracterizando uma novação.

- Espécies de novação:
  - a) Objetiva (art. 360, I, do CC) – é aquela em que as mesmas partes constituem a obrigação nova.
  - b) Subjetiva (art. 360, II, III, do CC) – opera-se a mudança não no objeto, mas nos sujeitos da relação obrigacional. Pode ser *ativa* (mudança de credores) ou *passiva* (mudança de devedores). Exemplo da ativa: eu devo R\$ 1000,00 a alguém que deve a outro alguém. Ao invés de eu pagar ao meu credor, pago ao credor do meu credor, criando uma nova obrigação, uma novação (art. 360, III). Na passiva (art. 360, II), opera-se uma mudança de devedores: sai o devedor velho e entra o novo, considerando-se criada, a partir dali, uma obrigação nova. Existem dois instrumentos jurídicos que realizam a novação subjetiva passiva. Um, é a *delegação*. O outro, é a *expromissão*. Na primeira, todos os envolvidos participam do ato novatório. Na segunda, há um ato de força do credor, pois o devedor novo entra sem a anuência do devedor velho (art. 362, do CC). Nesse caso, o devedor velho será responsável se houve má-fé na indicação de devedor novo (art. 363, do CC).
- Efeitos da novação: extintivo e liberatório, prejudicando também, regra geral, eventuais garantias da obrigação primitiva (arts. 364 e 366, do CC).

## COMPENSAÇÃO

- É uma forma de extinção das obrigações, em que os seus titulares são, reciprocamente, credores e devedores (art. 368, do CC). Não se confunde com a *confusão*, em que a mesma parte reúne o crédito e o débito (ex. devedor que recebe herança do credor). A compensação pode ser *legal* (reúne os requisitos previstos em lei, impondo ao juiz declará-la quando provocado. É defesa indireta de mérito – exceção substancial), feita na contestação, pelo devedor; *convencional* (dispensa os requisitos da compensação legal, segundo a autonomia da vontade das partes); *judicial* (também é prevista em lei. É aquela feita pelo juiz, no processo – despesas *pro rata*, em que a metade das despesas vai para cada um dos litigantes – art. 21, do CPC, quando ambos os litigantes são vencedores e vencidos).
- Requisitos da compensação legal:
  - a) Reciprocidade das dívidas. Exceção: a lei permite que o fiador faça a compensação, sendo ele também credor do credor principal.
  - b) Liquidez das dívidas (dívida certa).
  - c) Vencimento das dívidas (O Projeto do Novo Código fala em vincendas)

- d) Homogeneidade das dívidas (o mesmo que fungibilidade) – dívidas da mesma natureza (dinheiro com dinheiro, etc.) – arts. 369 e 370, do CC.

Obs. Vale lembrar que a Lei 10.677/2003 revogou o art. 374, do CC, que admitia a aplicação das suas regras à compensação tributária.

- Hipóteses de impossibilidade de compensação: em regra, para efeito de compensação, não importa a diferença de causa das dívidas, com as ressalvas do art. 373, I, II e III, do CC.

## TRANSAÇÃO

- O Novo CC deslocou a transação para o livro de contratos. Mas a transação continua sendo uma forma de extinção de obrigação. Trata-se de um negócio jurídico pelo qual os interessados previnem ou terminam um litígio, mediante concessões mútuas/recíprocas. Requisitos:
  - a) Acordo de vontades – a transação é um negócio jurídico, proveniente de contrato.
  - b) Existência de uma relação jurídica controvertida (dúvida) – art. 850, do CC.
  - c) Intenção de extinguir a dúvida, prevenindo ou terminando o litígio.
  - d) Concessões mútuas ou recíprocas.
- Espécies de transação: *extrajudicial* (anterior à demanda); *judicial* (pressupõe uma demanda em curso – tanto pode correr na audiência ou fora dela; mesmo fora, mas levada depois ao processo, continua sendo judicial).
- Forma de transação: escritura pública ou instrumento particular. Formada a transação, não é obrigatória a assinatura do advogado, pois se trata de contrato de direitos materiais.
- Só se admite transação sobre direitos materiais disponíveis, segundo o art. 841, do CC.
- Características da transação:
  - a) Indivisibilidade (art. 848, do CC) – é um bloco monolítico. Se uma das cláusulas for nula, toda a transação cai.
  - b) Interpretação restritiva (art. 843, do CC).
  - c) Natureza declaratória (art. 843, 2ª parte, do CC) – é característica mitigada, relativizada, porque embora a regra geral seja no sentido de que a

transação é declaratória, a própria lei admite que por meio dela direitos sejam transmitidos ou constituídos, nos termos do art. 845, do CC.

Obs. No juízo de família, não se deve confundir a transação feita na oportunidade da conversão da separação ou divórcio com a transação aqui estudada. Ali, há tentativa de conciliação.

## CESSÃO DE DÉBITO

- Consiste em um negócio jurídico, por meio do qual o devedor, com *expresso* consentimento do credor, transmite a um terceiro a sua dívida. Aqui, o novo devedor assume o débito como ele se encontra (art. 299, do CC). Se o novo devedor for insolvente e o credor ignorar este fato, o antigo devedor continua respondendo pela dívida. Não estava previsto no Código de 1916.
- Requisitos da cessão de débito:
  - a) Existência de uma obrigação válida.
  - b) Anuência expressa do credor
  - c) Substituição do devedor, mantendo-se a mesma obrigação. As garantias dadas pelo devedor antigo só permanecem se ele consentir (art. 300, do CC).

Obs. O novo devedor pode opor ao credor as defesas pessoais e as comuns (art. 302, do CC).

Obs. 2. No CC, *exceção* é o mesmo que *defesa*.

## CESSÃO DE CRÉDITO

- Consiste em um negócio jurídico, por meio do qual o credor (cedente) transmite total ou parcialmente o seu crédito a um terceiro (cessionário), mantendo-se a relação obrigacional primitiva. O devedor é chamado de cedido.
- Em geral, a cessão de crédito é onerosa, mas nada impede que seja gratuita. Diferente do pagamento com sub-rogação, que nunca é gratuito. A cessão é mais ampla. Também difere da novação. Nesta, cria-se uma obrigação nova. Naquela, não se cria obrigação nova. A principiologia da cessão é a mesma do *factoring*, mas existem diferenças, até porque este é matéria empresarial.
- Existem direitos que não podem ser cedidos pela lei: art. 1749, III. Há outras proibições, como os alimentos, que não podem ser cedidos. Também não se

cede o que se convencionou (art. 286, do CC) no contrato. Eventual cláusula proibitiva da cessão, à luz do princípio da boa-fé, para que surta efeitos em face de terceiros, deve constar expressamente no contrato originário.

- Observação: a cessão de direitos hereditários, à luz do artigo 1793, do CC, só pode se dar por instrumento público.
- O devedor não precisa autorizar a cessão de crédito. Todavia, para que a cessão surta efeitos em face dele, deve o mesmo ser comunicado (princípio da boa-fé objetiva). Essa comunicação ao devedor é condição de eficácia da cessão (art. 290, do CC).
- Notificado o devedor, ele pode opor defesas em relação ao novo credor, que tinha em face do antigo, com fundamento no art. 294, do CC. Previsto, também, no art. 1474, do CC da Argentina.
- Responsabilidade pela cessão do crédito: (arts. 295 a 297, do CC) – no Direito brasileiro, a regra geral para as cessões onerosas ou gratuitas (se o cedente estava de má-fé) é no sentido de que o credor originário só garante a existência do crédito (cessão *pro soluto*). Não garante o pagamento pelo devedor; não garante a solvabilidade. Se no contrato de cessão contiver uma cláusula segundo a qual o cedente garante o pagamento do devedor, ele passa a ser corresponsável, denominando-se este tipo de cessão de *pro solvendo*.
- Cessão de posição contratual: não prevista no CC brasileiro, diferentemente do CC de Portugal, que prevê esta figura a partir do art. 424. Neste tipo de cessão, o cedente transfere a sua própria posição no contrato (compreendendo créditos e débitos) a um terceiro (cessionário), desde que haja consentimento da parte contrária. Requisitos:
  - a) Anuência da parte contrária.
  - b) A celebração de um negócio entre cedente e cessionário.
  - c) Integralidade da cessão (a cessão deve ser global); seguindo a doutrina unitária (Pontes de Miranda, Sílvio Rodrigues, Antunes Varela, Sílvio Venosa) a cessão opera a transferência da posição contratual como um todo. Ex. contrato de locação; compromisso de venda; contratos de empreitada; financiamentos imobiliários (REsp 705423; Lei 10.150/200).

## ARRAS

- Trata-se de uma disposição contratual pela qual uma das partes entrega a outra dinheiro ou outro bem móvel para assegurar o cumprimento da obrigação pactuada. Dois tipos:

- a) Arras confirmatórias: popularmente conhecidas por *signal*. Marca o início da execução do contrato, de maneira a não admitir arrependimento posterior (art. 417, do CC). Em resumo, na obrigação em que foram pactuadas arras confirmatórias, em havendo descumprimento, a regra geral é a perda das arras em favor da parte inocente. Se o prejuízo da parte inocente for superior ao valor das arras, terá direito à indenização suplementar (art. 419, do CC).
- b) Arras penitenciais: diferentemente das arras confirmatórias, as penitenciais, quando pactuadas, garantem o direito de arrependimento, tendo função meramente indenizatória. Nas arras penitenciais, uma vez que o arrependimento é um direito, não há espaço para a indenização suplementar (art. 420, do CC). Vide Súmula 412/STF.

## MORA

- Ocorre a mora quando o pagamento não é feito no tempo, lugar e forma convenionados. A mora do devedor é chamada de *mora debendi* ou *solvendi*. A do credor chama-se *credendi* ou *accipiendi* – art. 394, do CC.
- Mora do credor: segundo Sílvio Rodrigues, a mora do credor é objetiva (independe de culpa) – art. 400, do CC. O valor a ser pago será mais favorável ao devedor.
- Mora do devedor: ocorre quando ele retarda, *culposamente*, o cumprimento das obrigações. Contém os seguintes requisitos:
  - a) A existência de uma dívida líquida e certa.
  - b) Vencimento da dívida. Pode ser *ex re* (automática, quando existe o termo de vencimento da dívida. Independe de qualquer medida judicial (*dies interpellat pro homine* - o dia interpela pelo homem); *ex persona* (quando a dívida não tiver vencimento certo, o credor precisará ingressar com uma medida para constituir o devedor em mora (citação na ação de cobrança; interpelação, etc.
  - c) Culpa do devedor: art. 396, do CC (se o devedor for isento de culpa, não haverá mora).
  - d) Viabilidade no cumprimento tardio da obrigação. Se o atraso no cumprimento da obrigação implicar na inutilidade da prestação, não há espaço para se falar em mora, mas sim em *inadimplemento absoluto* da obrigação, resolvendo-se em perdas e danos (parágrafo único do art. 395 do CC).
- Efeitos da mora do devedor: art. 399, do CC:

- a) Responsabilidade civil pela mora (art. 395, *caput*) – traduz a idéia de que o devedor em mora deve compensar o credor.
- b) Responsabilidade civil pelo risco (*perpetuatio obligationis*) – art. 399, do CC. A regra geral, aqui, é no sentido de que o devedor responde pela integridade da coisa, ainda que o dano seja acidental (caso fortuito e força maior), excetuando as duas hipóteses previstas na segunda parte do art. 399.
- **Cláusula penal:** art. 408, do CC. Também denominada de *pena convencional*, é um pacto acessório pelo qual as partes fixam previamente a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal (cláusula penal compensatória) ou para o caso de mora (cláusula penal moratória). Isso não é multa. Esta é uma sanção pecuniária imposta à parte que realizou um comportamento nocivo ao objeto do contrato ou à boa-fé objetiva. Também o princípio da economia processual justifica a cláusula penal, pois estando prevista no contrato, evita, em geral, que a parte credora ajuíze ação ordinária. A cláusula penal compensatória não pode ultrapassar o valor da obrigação principal (art. 412, do CC). No caso de se estipular cláusula penal compensatória para o caso de descumprimento da obrigação principal, não pode o credor, cumulativamente, executar a cláusula e exigir indenização em ação ordinária (art. 410, do CC e 1.152, do CC da Espanha).
  - Se a cláusula penal for insignificante, haverá direito à indenização suplementar? Nos termos do parágrafo único do art. 416 do CC, se a cláusula for insuficiente, a indenização suplementar só será devida se o contrato previu essa possibilidade.
  - Redução do valor da cláusula penal: nos termos do art. 413 do CC, seguindo a linha do art. 812, do CC Português, cláusula penal pode ser reduzida.
  - Observação: a perda de todas as prestações pagas caracterizaria uma cláusula penal lícita. O STJ tem precedente no sentido de que após a entrada em vigor do CDC a cláusula penal que estipule a perda de todas as prestações pagas pode, em tese, ser discutida, caso traduza enriquecimento ilícito do credor.
  - Não se deve confundir cláusula penal com arras. Estas consistem em um mero sinal que marca o início da execução do contrato ou garante direito de arrependimento. Além disso, as arras sempre são pagas antecipadamente. Diferentemente, a cláusula penal é um pacto que pré-liquida indenização em caso de descumprimento da obrigação principal ou mora, e sempre é paga *a posteriori*.

- Trata-se de um fruto civil correspondente à remuneração devida ao credor pela utilização do seu capital ou em virtude da mora. Existem os juros *compensatórios* (ou remuneratórios) e *moratórios*.
- Não se deve confundir juros com correção monetária. Esta não visa a acrescer o capital, não é um *plus*. Simplesmente visa a atualizar o valor nominal da dívida. Foi implantada no Brasil pela Lei 6.899/81. O INPC é um dos índices mais utilizados para a correção monetária, mas existem outros: INCC, IGPM, IPC-R, IPCA, etc.
- O CC divide os juros em legais e convencionais. Os juros legais subdividem-se em *compensatórios* e *moratórios*. Os convencionais subdividem-se em *compensatórios* e *moratórios*. O CC, no art. 406, trata dos juros legais, embora só fale dos moratórios, calculados pela taxa dos impostos devidos à Fazenda Nacional – hoje é a SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia). É a taxa básica de juros da economia. Sempre mantida alta, para captar investimentos externos e para conter a inflação. A SELIC é ameaçada pelo COPOM (Conselho Político Monetário), com *viés*. Ou seja, sem viés, não pode ser modificada nem para mais ou para menos. Se o viés for de alta, o presidente do Banco Central pode aumentá-la; se for de baixa, poderá diminuí-la.
- Observação: o STJ ainda não uniformizou o entendimento quanto a aplicação da taxa SELIC como juro legal de mora, havendo entendimentos favorável e contrário. O Enunciado n. 20, das Jornadas de Direito Civil, diz que não se deve aplicar a taxa SELIC como índice dos juros de mora. No CC/1916 a taxa era de 0,5% (meio por cento) ao mês ou 6% (seis por cento) ao ano. Hoje, a taxa SELIC muda periodicamente. De fato, aplicar a taxa SELIC é um absurdo sem tamanho, além de gerar enorme insegurança jurídica. Mas há muitos ministros, tanto do STF quando do STJ, aplicando a taxa SELIC. Muitos defendem a aplicação do índice trazido pelo art. 161, § 1º, do CTN, de 1% (um por cento) ao mês, como taxa de juro de mora (convenhamos: muito mais sensato!).
- Os juros legais compensatórios estão previstos no artigo 591/CC, que são calculados pela SELIC, prevista no art. 406 (utilizada pela Fazenda Nacional). Deve-se, também, por bom senso, aplicar o índice de 1% (um por cento) ao mês, do art. 161, § 1º, do CTN.
- Já no que se refere aos juros convencionais moratórios, são de, no máximo, 1% ao mês (Dec. 22.626/33 – Lei de Usura). Os juros convencionais compensatórios, em geral, também são de 1% ao mês, permitindo a Lei de Usura que possa ele ser dobrado (2% ao mês).
- A Súmula 596/STF diz que os bancos não estão limitados à Lei de Usura, daí poderem cobrar juros exorbitantes (uma vergonha!!!). O *spread* (pronúncia: isprédi) bancário traduz o custo de captação do dinheiro e seu valor de repasse. Ou seja, pagamos por colocar o dinheiro no banco. Se a poupança gera mínimos rendimentos, o mesmo não acontece quando pagamos juros aos bancos.

- As empresas de cartão de crédito são equiparadas aos bancos, não sujeitas à Lei de Usura (outro absurdo!!).
- A maioria das legislações do mundo proíbe o *anatocismo* (forma proibida de capitalização de juros sobre juros).
- A Medida Provisória n. 2170-36 permite aos bancos, para os contratos bancários celebrados a partir de março de 2000, a capitalização mensal dos juros (os bancos podem!! Você não!! – isso é anatocismo).

## TEORIA DO INADIMPLEMENTO

- Significa descumprimento da obrigação, podendo ser fortuito ou culposo. O primeiro decorre de um evento não imputável ao devedor (caso fortuito ou força maior) – a professora Maria Helena Diniz sustenta que o caso fortuito é um evento desconhecido e a força maior é um evento inevitável. Sílvio Rodrigues diz que são palavras sinônimas. Álvaro Villaça diz que caso fortuito é fato da natureza e a força maior é um fato do homem. A maioria da doutrina e jurisprudência tende a considerar que força maior é evento da natureza inevitável e caso fortuito, todavia, é um evento imprevisível (ex. seqüestro). O art. 393, do CC, não diferencia, quanto aos efeitos, o caso fortuito e a força maior, excluindo a responsabilidade civil.
- A jurisprudência tende a uniformizar o entendimento de que assalto à mão armada é caso fortuito, não respondendo a empresa transportadora. Contudo, existe tese de que, se o assalto é freqüente, no mesmo local e na mesma empresa transportadora, ela passa a responder, por haver previsibilidade (não é entendimento majoritário).
- Quando o inadimplemento é culposo, decorre de culpa ou dolo do devedor. Neste caso, o devedor deverá compensar o credor (art. 389, do CC). Havendo inadimplemento culposo, em lugar das perdas e danos o credor pode exigir a execução específica da obrigação. As perdas e danos devem cobrir os danos emergentes e os lucros cessantes.

## RESPONSABILIDADE CIVIL

- Sobre o assunto, pesquisar livro de José de Aguiar Dias, figura pinacular no assunto. “Toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade” (José de Aguiar Dias). A responsabilidade civil é espécie, que pode ser penal, tributária, administrativa, etc. A diferença entre responsabilidade civil e penal não está na causa, mas nos efeitos.

- Responsabilidade civil da transgressão de uma norma jurídica preexistente, com a conseguinte imposição ao causador do dano do dever de indenizar a vítima. A depender da natureza jurídica da norma violada, a responsabilidade pode ser contratual (art. 389, do CC) ou extracontratual (aquiliana) – art. 186/927, do CC. A responsabilidade extracontratual pressupõe uma violação da lei. O art. 186, do CC, traz a regra geral da responsabilidade civil, definindo o ato ilícito.
- Observação: o art. 187, do CC, diferentemente do art. 186 (que define o ato ilícito), ao tratar do abuso de direitos, não contemplou a noção de culpa. Para a lei brasileira, o abuso de direito se caracteriza por um desvio de finalidade, e não pela intenção de prejudicar.
- A primeira lei a consagrar a responsabilidade objetiva, no Brasil, foi o Decreto 2.681/12. o parágrafo único do art. 927, do CC, trata da responsabilidade civil objetiva (sem culpa) e quando a atividade, normalmente, do autor do dano, implicar risco para os direitos de outrem. Segundo Alvinho Lima, em sua tese de cátedra, “Da culpa ao risco”, a responsabilidade objetiva só deve ser imposta ao causador do dano que visa a extrair um proveito da atividade que realiza, o chamado *risco-proveito*. Expõe a vítima a um risco maior que os outros membros da coletividade, quando a atividade do autor do dano é habitual.
- Atividade de risco X acidente de trabalho: se o empregado sofre um dano no exercício de uma atividade de risco, uma primeira corrente sustenta, à luz do princípio de proteção ao hipossuficiente, que poderá demandar o empregador objetivamente pelo art. 927, do CC (posição, por ex., do TRT/MG). Uma segunda corrente sustenta a inaplicabilidade do art. 927, do CC, em razão do expresso comando constitucional que faz referência à culpa ou ao dolo do empregador (art. 7º, XXVIII).
- Elementos necessários da responsabilidade civil:
  - a) Conduta humana (ato ou ação humana): é o comportamento do homem, movido pela *vontade*, positivo ou negativo, que causa dano a outrem (Garcez Neto, Von Thur, Windsheid, Denogue e Paulo Lôbo, sustentam a tese de que, em caráter excepcional, pode haver responsabilidade civil decorrente de ato lícito – ex. a desapropriação; passagem forçada, do art. 1.285, do CC).
  - b) Nexo de causalidade: vide Gustavo Tepedino, *Notas sobre o nexos de causalidade*, publicado na RTDC, ano 2, v 6/2001, ed. Padma. O nexos causal é o liame que une o agente ao dano; é o liame entre a conduta praticada pelo agente e o resultado danoso. Algumas teorias explicam o nexos, como, por exemplo a *teoria da equivalência de condição (conditio sine qua non* – a esmagadora maioria dos civilistas não adota essa teoria, mais adotada pelo Direito Penal, em seu art. 13, com o aperfeiçoamento da imputação objetiva); *teoria da causalidade adequada* (causa não é todo antecedente, mas apenas o abstratamente idôneo à produção do resultado, ao contrário da primeira, que considera causa todo o antecedente que esteja na cadeia do

resultado); *teoria da causalidade direta ou imediata* (causa é apenas o antecedente unido ao resultado, por um vínculo necessário, de maneira que o dano é considerado consequência direta e imediata do comportamento anterior). A teoria adotada pelo CC, segundo Cavallieri Filho, é a da causalidade adequada. Já Gustavo Tepedino e Carlos R. Gonçalves dizem que o nosso CC adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (art. 403, do CC).

- c) Dano ou prejuízo: o dano traduz a violação a um interesse jurídico patrimonial ou moral. Para ser indenizável, o dano deve ser certo e não hipotético. A doutrina tem admitido a possibilidade de se indenizar o dano reflexo ou em *ricochete* que, segundo Caio Mário, esta teoria foi desenvolvida no Direito francês e, conceitualmente, o dano reflexo é aquele que atinge pessoa próxima, ligada à vítima direta do ato ilícito (ex. o pai morto num assalto atinge o filho, reflexamente, em ricochete).

ABUSO DE DIREITO: vide *Abuso de direito no novo Código Civil*, de Daniel Boulos. Fundamento legal: art. 187, do CC. Este artigo, ao definir o abuso de direito, assim o faz à luz do princípio da socialidade, contemplando uma ilicitude objetiva, eis que não se menciona elemento subjetivo algum.

- Observação: há contradição entre os arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC. Este exige elemento subjetivo para caracterizar o abuso de direito. É um equívoco do legislador, segundo Daniel Boulos. Deve prevalecer o entendimento do art. 187, que não exige culpa ou dolo para a caracterização do abuso de direito, não havendo a necessidade da comprovação da intenção de prejudicar.
- SUPRESSIO: é a situação do direito que deixou de ser exercido em determinada ocasião, e não mais poderá sê-lo, sob pena de contrariar a boa-fé. Ex. o não exercício do direito de arrependimento, no prazo estipulado.
- SURRECTIO: o exercício continuado de uma situação jurídica ilegítima pode converter-se em nova fonte de direito. Ex. o condômino que usa continuamente uma área do condomínio, de forma ilegal, pode adquirir o direito de continuar usando-a.
- Causas excludentes da responsabilidade:
  - a) Caso fortuito e força maior: são causas que rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade civil (art. 393, do CC). Qual a diferença entre fortuito interno e fortuito externo? O primeiro trata de um acontecimento imprevisível, causador de dano, e que incide no processo de fabricação do produto ou no momento da realização do serviço. O segundo é um acontecimento imprevisível exterior à elaboração do produto ou realização do serviço (este exime de responsabilidade. O primeiro, não, respondendo o fabricante ou o fornecedor).

- b) Estado de necessidade e legítima defesa: o primeiro consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se quer preservar, visando à remoção de um perigo atual ou iminente (art. 188, II, do CC). Já na legítima defesa, o agente reage a uma agressão injusta, atual ou iminente, utilizando os meios necessários (art. 188, I, 1ª parte, do CC). Nos termos dos arts. 929 e 930, do CC, vale lembrar que, atuando em estado de necessidade ou em legítima defesa, caso seja atingido um terceiro inocente, este deverá ser indenizado, cabendo ação regressiva em face do causador do perigo ou da agressão (REsp 124527/STJ).
- c) Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito: em relação ao primeiro, não existe artigo específico no nosso CC, pois a lei já regula o exercício regular de direito, não precisando disciplinar o estrito cumprimento do dever legal, pois aquele pressupõe este. O exercício regular de direito é um exercício não abusivo, que exclui a responsabilidade civil. Referência legal: art. 188, I, 2ª parte, do CC. Ex. porta giratória de banco; raios-X de aeroporto; guarda-volume – todos são exemplos de estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.
- d) Culpa exclusiva da vítima: rompe o nexo causal, devendo o réu demonstrar suficientemente esta causa (REsp 439408/SP). Não se confunde com *culpa consciente*, pois esta apenas diminui a verba indenizatória, não excluindo a responsabilidade civil (no direito do consumidor, apenas a culpa exclusiva da vítima pode ser alegada, em defesa, pelo fornecedor do produto ou serviço).
- e) Fato de terceiro: também rompe o nexo causal, sendo causa excludente da responsabilidade civil. Consiste no comportamento causal de um terceiro, apto a romper o nexo de causalidade. Ex. numa cena de filme, um terceiro coloca munição verdadeira em arma de festim e alguém mata o ator (vide Súmula 187/STF – responsabilidade contratual do transportador: encaixa-se no caso do acidente da Gol, que não pode deixar de indenizar os passageiros por fato de terceiro. Mas cabe ação regressiva) – vide RT's 646/89 e 437/127. O STJ tem entendido que a responsabilidade é integralmente do terceiro, que deve ser acionado diretamente (REsp 54.444/SP) e, em doutrina, Wilson Melo da Silva.

## RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA

- Desdobra-se em:
  - a) Responsabilidade por ato de terceiro (art. 932, do CC).
  - b) Responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal (o CC disciplina a responsabilidade do animal, da ruína de edifícios/construção e objetos lan-

çados ou caídos de edifícios) – teoria desenvolvida pelos franceses Planiol, Ripert e Boulanger. No Brasil, por Teixeira de Freitas.

- A doutrina sustenta que a responsabilidade pelo fato da coisa e do animal é daquele que detém poder de comando sobre o mesmo (o proprietário é o guardião *presuntivo* da coisa e do animal) – vide art. 936, do CC; a responsabilidade é objetiva. Também na responsabilidade pela ruína de edifício ou construção (art. 937, do CC), a responsabilidade é objetiva, somente do *dono*, não se discutindo culpa. A responsabilidade por danos causados por objetos lançados ou caídos é, também, objetiva, não se discutindo culpa (art. 938, do CC); aqui a responsabilidade não é somente do dono, mas de quem habitar o prédio. A ação judicial proposta pela vítima contra o responsável pelo objeto lançado ou caído denomina-se *actio de effusis dejectis*. Caso a vítima do dano não saiba de qual unidade habitacional partiu o objeto, a responsabilidade será de todo o condomínio. Havendo blocos de apartamentos, deve-se excluir a unidade da qual seria impossível o arremesso do projétil (RT 530/213). No caso de furto em condomínio, pode este ser responsabilizado, em havendo demonstração de falha na segurança. Há precedente no STJ, dizendo que, se na convenção de condomínio constar a cláusula de não indenizar, não há responsabilidade alguma do próprio condomínio (REsp 168346/SP).

#### RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO – art. 932, do CC.

- Essa é uma responsabilidade passiva.
- Não existe mais presunção de culpa, pois a responsabilidade dos incisos do art. 932, do CC, é objetiva (art. 933, do CC). Não se fala mais em culpa *in vigilando* e *in eligendo*.
- A responsabilidade do incapaz encontra-se limitada pelo art. 928, do CC. Subsidiariedade é uma solidariedade com preferência. No ECA, uma das medidas sócio-educativas aplicadas ao adolescente infrator é a reparação dos danos (ex. de responsabilidade do incapaz).
- O parágrafo único do art. 932, do CC, mitiga a indenização a ser paga pelo incapaz, em nome do *princípio da dignidade da pessoa humana* e do *estatuto jurídico do patrimônio mínimo*.
- *Comitente*, do inciso III do art. 932, é a parte no contrato de comissão. O STF editou a Súmula 341, dizendo ser presumida a culpa do empregador ou do comitente, pelo ato do empregado. Mas esta Súmula caiu, pois não há, à luz do novo CC, presunção de culpa, respondendo o empregador *objetivamente* pelo ato do empregado, mas isso não impede que o empregador, em sua defesa, discuta se houve, ou não, culpa do empregado.

- *Donos* de escola respondem objetivamente pelos atos de seus alunos. No caso concreto, os pais podem responder solidariamente. Se a escola é pública, a responsabilidade é do Estado ou Município, conforme o caso.
- O que justifica a responsabilidade dos donos de hotéis e estabelecimentos congêneres é o dever de segurança em face de todos os hóspedes.
- Segundo Cavallieri Filho, o rol do art. 932, do CC, é *numerus clausus* (fechado, taxativo), devendo ser interpretado restritivamente.
- Cabe ação regressiva nas hipóteses do art. 932, do CC, em regra, na forma do art. 934, do mesmo Estatuto.
- Questões especiais para concurso:
  - a) Responsabilidade civil empresarial. A responsabilidade entre empresários e empresas: respondem objetivamente pelos danos (art. 931, do CC).
  - b) Responsabilidade civil das empresas locadoras de veículos: há responsabilidade solidária da locadora pelos atos do locatário, no uso do veículo (Súmula 492/STF). Esse entendimento não tem sido aplicado para o *leasing* (locação com opção de compra).
  - c) Alienação de veículo não registrada no Detran: a ausência de registro de transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário (Súmula 132/STJ).
  - d) A responsabilidade no caso do veículo emprestado, segundo o STJ, é do dono do carro, solidariamente, pelo dano causado pelo condutor.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

- Erro médico: é o dano imputável ao profissional da medicina, regulado, regra geral, pelo art. 14, § 4º, do CDC c/c o art. 951, do CC, baseado na *culpa professional* (profissional liberal é aquele que exerce função técnica ou científica, segundo a doutrina).
- Os médicos, em geral, assumem uma obrigação de meio. Contudo, o cirurgião plástico estético assume obrigação de resultado.
- O cirurgião plástico estético, pelo fato de assumir obrigação de resultado, responde objetivamente, segundo o STJ, embora *contra legem* (art. 14, do CDC e REsp 81.101/PR).
- A cirurgia de miopia a *laser* impõe ao médico obrigação de meio ou de resultado? De meio, segundo jurisprudência do TJ-MG. O TJ-SC entende que gera obrigação de resultado, especialmente por considerar que o paciente é um consumidor (o que não pode é a cirurgia piorar a visão do paciente).

- Um hospital ou clínica, por serem pessoas jurídicas, estão sujeitas à responsabilidade objetiva, assim como dos planos de saúde (REsp 328309/RJ). Porém, há entendimento do STJ (REsp 259389/SP) segundo o qual a responsabilidade do hospital também é subjetiva, devendo-se apurar a culpa (retrocesso!).
- Termo de consentimento informado: segundo Miguel Kfoury Neto, é um instrumento que visa a tornar clara a relação médico-paciente, salientando o dever de informação, não traduzindo, todavia, isenção de responsabilidade (fulcra-se no art. 15, do CC).
- Há entendimento, segundo o qual, o adepto da religião Testemunhas de Jeová, com base no direito constitucional de liberdade de pensamento, pode se recusar a submeter-se à transfusão de sangue. Mas o entendimento no TJ-SP, à luz do princípio da proporcionalidade, é no sentido de que o médico deve atuar, se esse for o único meio para salvar a vida do paciente. Este é o entendimento que prevalece.
- Segundo Jurandir Sebastião, a *perda de uma chance* se caracteriza quando o médico deixa de optar pelo procedimento mais eficiente em face do paciente que sofreu o dano. Neste caso, a indenização é reduzida, pois não se sabe se, mesmo optando pelo melhor procedimento, o resultado seria atingido.
- O dentista também responde com base na culpa profissional (art. 14, § 4º, do CC). Em geral, o dentista assume obrigação de resultado, quando realiza um procedimento estético. Quando tratar-se de patologia bucal, a obrigação do dentista é de meio. A obrigação do anestesiológico é de meio.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

- Ver texto de Paulo Lôbo e *Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance*, de Sérgio Novaes Dias. O que se disse sobre o médico, aplica-se *mutatis mutandis*, ao advogado. Havendo falha no serviço, que cause dano ao cliente, gera presunção de culpa. Mas a obrigação é de meio.
- Mesmo quando contratado para elaborar parecer, o advogado não assume obrigação de resultado, mas de meio, e responde com base na culpa profissional. Pode, assim como o médico, ser responsabilizado pela perda de uma chance (ex. não interposição de recurso). Neste caso, a indenização é reduzida, pois o resultado é imprevisível, mesmo recorrendo, como no exemplo dado.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

- Carona: o transportador gratuito tem responsabilidade civil? Art. 736, *caput*, do CC. O STJ, através da Súmula 145, disse que, mesmo no caso de carona, o transportador pode ser responsabilizado, havendo dolo ou culpa grave.
- Transporte com interesse: parágrafo único do art. 736 do CC – há responsabilidade do transportador.
- Perda de bagagem aérea: o valor da indenização é tarifado (*Convenção da Varsóvia*); é limitado. O STJ tem entendido que essas limitações não vencem o CDC (REsp 347449/RJ). O STJ também tem entendido que o *over book* também gera responsabilidade (*over book* é a venda de passagens além do número de assentos na aeronave).

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR

- Art. 618, do CC – o prazo de cinco anos de que fala o artigo é uma garantia legal da obra, não se trata de prescrição para demandar a construtora. A Súmula 194/STJ dizia que a prescrição para defeitos da obra era de 20 anos. Hoje, o nosso CC não traz mais esse prazo, tendo caído a Súmula 194. O prazo para acionar construtora, do artigo 618, parágrafo único é *decadencial* e apenas *para reclamar vício ou defeito da obra*. Por outro lado, o prazo para formular *pretensão indenizatória* contra a construtora, é *prescricional*, e de 5 anos, se o interessado for consumidor (art. 27, do CDC). Não sendo consumidor (um incorporador, por exemplo), o prazo prescricional é de 3 anos (art. 206, do CC).

## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS

- Pagamento de cheque falso: Súmula 28/STF. Hoje, o STJ já entendeu que a responsabilidade do banco é *objetiva*, em face do cliente (do banco), pois se trata de relação de consumo.
- Existe entendimento (REsp 807132/RS e Apelação 036499-TJ-MG) no sentido de que o banco deve ser responsabilizado, inclusive objetivamente. O responsável por assalto em terminais eletrônicos – Resp 488310/RJ (ato ilícito dentro do banco, mesmo fora do expediente, a responsabilidade é do banco. Fora do estabelecimento do banco a responsabilidade é do Estado. Dentro das cabines – quiosques – a responsabilidade também é do banco, por ser uma extensão sua).

## DANO MORAL

- Num primeiro momento, a doutrina (Lafayette Pereira, Jorge Americano) negava a reparação por dano moral, sob o argumento de que não se poderia reparar a dor com o dinheiro, pela dificuldade de se mensurar o dano. Poderia conferir muito poder ao juiz. Em um segundo momento, a doutrina e jurisprudência começaram a aceitar, com resistência, a reparação de danos morais. Pedro Lessa foi o jurista que começou a defender o dano moral, assim como Eduardo Espíndola, Orozimbo Nonato, Philadelfo Azevedo. Era aceito o dano moral como consequência do dano material sofrido. Não era autônomo. O dano moral, no Brasil, só ganhou independência após a CF/88 que, em seu art. 5º, V e X, admite a reparação autônoma do dano moral. A Súmula 537, do STJ, admitiu a cumulação do dano moral e material sofridos. O CC de 1916, segundo grandes doutrinadores (Clóvis Beviláqua, Arruda Alvim), não proibia a reparação do dano moral, apenas não era explícito, claro. O CC novo deixa isso bem claro, em seu art. 186. O que se repara é o dano moral e não o *aborrecimento*, o *dissabor*. Dano moral é lesão a direito da personalidade.
- Pessoa jurídica pode sofrer dano moral? Duas correntes: a primeira nega a reparação por dano moral à pessoa jurídica, argumentando que somente a pessoa humana pode sofrer dano imaterial (Arruda Alvim, Wilson Melo da Silva); uma segunda corrente sustenta que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227/STJ e art. 52, do CC) – majoritária.
- O prazo para ingressar com a ação de dano moral, sendo a vítima consumidora, é de 5 anos. No CC (art. 206) o prazo é de 3 anos, para o não consumidor.
- Quantificação do dano moral: no Brasil ainda se utiliza o critério do arbitramento, quantificado pelo juiz (art. 944, do CC). Neste caso, o juiz tenta preencher o vazio da dor com o dinheiro. O *tarifamento* do dano moral, em vista dos abusos sofridos, é defendido por muitos, em que pese o absurdo de tal posicionamento (Projetos de Lei 7.124/2002 e 1.443/2003). Segundo o professor Pablo Stolze, esse tarifamento é inconstitucional, pois a CF não prevê, além da Súmula 281, do STJ.
- O dano moral nas relações do Direito de Família: a doutrina do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) já prevê a reparação moral nessa seara. Aliás, isso já era previsto no direito anglo-saxônico. Hoje, entende-se que há diferença entre dano moral e dano estético (REsp 251719/SP). Outro avanço é o reconhecimento do dano moral *in re ipsa* (implícito, que não se exige prova). A Argentina, França, Portugal, EUA, Inglaterra, admitem a reparação por dano moral no direito de família. Aqui no Brasil, admite-se com ressalva. No direito de família, pouca diferença há no dano moral. A exemplo de Nara Rezende, Rui Rosado de Aguiar, Inácio de Carvalho Neto, outros defendem a reparação do dano moral nas relações de família. Há ações (AP 78220634/RS – Des. Luiz Felipe Brasil) em que se busca indenização por dano moral por fim de namoro. O entendimento é que não cabe, neste caso. Mas é possível dentro do casamento ou da união estável, quando houver lesão a direito da personalidade do cônjuge ou companheiro (REsp 37081/SP). A professora Nara Rezende (IBDFAM) aponta alguns comportamentos que podem, em tese, gerar reparação por dano moral: *adultério; recusa à prática de*

*ato sexual; prática de ato sexual anormal; abandono afetivo na filiação* (forma pedagógica de punição – a teoria do *punitive damage* sustenta que o ofensor deve ser punido pedagogicamente. Muitas vezes até se recomenda que o dinheiro seja, em parte, doado a instituição de caridade – vide REsp 757411/MG – o STF sustenta que o abandono afetivo não é indenizável, alegando que a sua única consequência é a perda do poder familiar – é hoje o julgado mais importante do direito de família).

## TEORIA GERAL DO CONTRATO

- “O mundo moderno é o mundo do contrato” (Caio Mário). É o primordial instrumento de civilidade das relações negociais. Bonfante lembra que o contrato não nasceu na modernidade, mas somente ganhou contornos mais definidos à luz da ideologia típica dos regimes capitalistas de produção. Ripert disse que o contrato não é uma ordem estável, mas um *vir a ser*. Na teoria clássica, o contrato era absoluto, com força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Em 1919, Raymond Saleilles consagra o primeiro grande impacto que sofre a teoria clássica, com o *contrato de adesão*. Hoje, este contrato regula os negócios na vida moderna, pois é necessário à sociedade de massa. No Brasil, tal contrato só foi consagrado com o CDC. A teoria do contrato passou da igualdade absoluta (autonomia privada) para a teoria crítica, que se preocupa com a sociedade, sem abandonar, por óbvio, as questões privadas. Prevalece, hoje, a teoria constitucional do contrato ou *princípio da socialidade*, mitigando a teoria privada. A teoria constitucional tem por base o princípio inserido no art. 170, da CF, que faz referência à ordem social harmônica.
- Conceito constitucional de contrato: “negócio jurídico por meio do qual as partes visam atingir interesses patrimoniais, exercitando a sua liberdade contratual segundo os parâmetros da socialidade e da boa-fé objetiva”.
- O contrato tem natureza de negócio jurídico, em regra bilateral, que tem por núcleo o consentimento. No Brasil, em geral, tem forma livre (art. 107, do CC).
- Princípios do direito contratual:
  - a) Autonomia privada ou da vontade: já foi absoluto, na teoria clássica, dizendo que as partes eram totalmente iguais. Traduz a liberdade de contratar e a liberdade contratual (conteúdo do contrato).
  - b) Relatividade dos efeitos do contrato: em regra, o contrato só surte efeitos entre as próprias partes contratantes. Porém, o contrato pode ter *eficácia transubjetiva* (para além das partes). Hoje, o contrato não precisa dizer o que é ético, para ser aplicado. Quando se tratar de ética, boa-fé objetiva, não se aplica este princípio da relatividade.

- c) Força do contrato (*pacta sunt servanda*): traduz a cogência que emana de todo contrato, mas não pode ser exercido de forma absoluta. Dizia-se que o contrato faz lei entre as partes. Esse princípio foi relativizado, impactado pela *teoria da imprevisão*, com raiz na Lei 48, do Código de Hamurábi, embora tenha sido consolidada apenas no século XX, como uma revivescência da cláusula *rebus sic stantibus* do Direito Canônico. Essa cláusula cunhava a regra segundo a qual um contrato só poderia ser exigido se as condições do tempo da sua execução fossem as mesmas do tempo da sua celebração. A primeira lei no mundo a tratar da Teoria da Imprevisão foi a lei francesa, a partir de 1918 (Lei *Faillit*). Doutrinariamente, essa teoria consiste no reconhecimento de que a ocorrência de acontecimento novo superveniente que desequilibra a base econômica do contrato admitiria a sua resolução ou revisão.
- d) Requisitos da teoria da imprevisão: superveniência de um acontecimento imprevisível; onerosidade excessiva suportada por uma das partes (alteração da base econômica do contrato); contrato de execução continuada ou diferida.
- Rui Rosado de Aguiar, Otávio Rodrigues Júnior e Regina Beatriz dos Santos sustentam, na teoria, que não é necessário o enriquecimento ilícito da outra parte. Infelizmente, o nosso CC não adota essa boa doutrina (art. 478, do CC). No CC é tratada de forma conservadora. Mas no CDC, art. 6º, V, é muito mais fácil revisar um contrato (teoria da onerosidade excessiva), sem necessidade de comprovar a imprevisão, mas o exagero oneroso. É leonina a cláusula que proíbe a teoria da imprevisão, por ofender os princípios da socialidade e da boa-fé objetiva. Imprevisão não se confunde com lesão. Esta é causa de invalidade do negócio jurídico, por prestações desproporcionais e nasce com o contrato. Aquela gera um contrato válido, mas se desequilibra depois, não nascendo com o contrato, *a posteriori*.
  - Conceitos modernos relacionados com a função social do contrato e à boa-fé objetiva:
    - a) *Venire contra factum proprium* – teoria dos atos próprios. É uma quebra do princípio da confiança e da boa-fé objetiva. Viola a boa-fé o sujeito que realiza um ato contrário a um comportamento assumido anteriormente (ex. aceitar um pagamento fora do prazo e depois ingressar com ação contra o devedor).
    - b) *Tu quoque* – diminutivo da expressão latina *Tu quoque, Brute, mi file!* (Até tu, Brutus, meu filho!, atribuída a César, o romano). Traduz a violação da boa-fé objetiva, quando uma pessoa exige da outra aquilo que não exigiu de si mesmo (ex. exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus*).

- No século XX a propriedade deixa de ser um direito absoluto e passa a ser a função social do detentor (Leon Duguit). É limitar a liberdade contratual segundo valores socialmente estabelecidos. É um princípio limitativo da liberdade contratual. Para Junqueira de Azevedo “o contrato não é um átomo, que só interessa às partes”. Esse princípio manifesta-se em dois níveis, segundo Paulo Roberto Nalin:
  - a) Intrínseco: impõe às partes da relação negocial lealdade e confiança recíprocas, coibindo cláusulas leoninas (parágrafo único do art. 2.035 do CC).
  - b) Extrínseco: compatibiliza os interesses das partes com os interesses da sociedade. O contrato deve atender aos interesses das partes, sem desatender os interesses sociais (Súmulas do STJ que se preocupam com o princípio da função social do contrato: 297, 302, 308). Vide art. 421, do CC.
- O que vem a ser *princípio da equivalência material*? Significa que em um contrato os direitos e obrigações devem guardar equilíbrio entre si.

#### PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

- Referência biográfica: Antônio Menezes Cordeiro, *Da boa-fé objetiva no Direito Civil*, ed. Almedina). A boa-fé tem origem no direito romano (*bona fides*), como regra de conduta. Os alemães transformaram a boa-fé como regra objetiva de comportamento, traduzida na expressão *treu und glauben* (lealdade e confiança). Não se confunde a boa-fé objetiva com a boa-fé subjetiva. Esta é individualista, traduzindo um estado psicológico de inocência. Aquela é uma regra objetiva, é uma cláusula geral. De conteúdo ético e exigibilidade jurídica: este princípio tem uma função constitutiva de deveres implícitos de proteção. São deveres anexos ao contrato: o dever de assistência, de confidencialidade (ou sigilo), de informação. Violação positiva do contrato é a quebra de um dever ético, gerando uma responsabilidade civil objetiva (vide art. 422, do CC). A crítica que se faz ao artigo 422, do CC, é não se ter feito referência à boa-fé pré e pós-contratual, apenas na conclusão e execução do contrato.
- O que é a eficácia pós-contratual ou pós-eficácia objetiva? Mesmo depois de findo o contrato, as partes devem respeitar a boa-fé objetiva.
- Na fase preliminar do contrato (*puntução*), a boa-fé também deve imperar. Mesmo antes de fechado o negócio, é preciso observar os princípios da boa-fé objetiva.

#### FORMAÇÃO DO CONTRATO

- Para o contrato se formar é necessário uma proposta (ou oferta ou policitacão) e uma aceitacão. O primeiro chama-se *proponente* ou *policitante*. O segundo chama-se *aceitante* ou *oblato*.
- A proposta é uma declaracão recíproca de vontade dirigida ao aceitante. Diferentemente do CDC (arts. 30 a 35), o CC estabelece situaçoes em que a proposta deixa de ser obrigatória (arts. 427/428, do CC). Uma proposta pode ser feita ente pessoas presentes ou entre ausentes. A primeira é feita entre pessoa que mantém contato direto. A segunda é aquela em que não há um contato direto (através de e-mail, carta, etc.).
- A aceitacão é a aquiescência da proposta (art. 431, do CC)
- Formaçao do contrato entre ausentes: existem dois grandes blocos doutrinários, que se dividem nas seguintes teorias:
  - a) Cognição: para o contrato se formar é necessário que o proponente tome conhecimento da resposta (não é aceita, pois é difícil se saber em qual momento foi lida).
  - b) Agnição: sustenta não ser necessário que o proponente tome ciência da resposta. Subdivide-se em *declaracão propriamente dita* (no momento da aceitacão); *expedicao* (no momento da expedicao da resposta em que se coloca no correio, p. ex.); *recepcao* (no momento do recebimento da resposta). Parte da doutrina entende que o CC adota a *teoria da expedicao* (Clóvis Bevilacqua) e outra adota a *teoria da recepcao* (Carlos Roberto Gonçalves e Pablo Stolze) – art. 434, do CC – parece adotar a teoria da expedicao, mas consolida a da recepcao.

## EVICÇÃO

- Prevista no art. 447 e segs. do CC. Vem da raiz latina *evincere* (ser vencido). É uma garantia contratual típica dos contratos onerosos, translativos de propriedade, que se opera quando o adquirente vem a perder a posse e a propriedade da coisa em virtude do reconhecimento judicial ou administrativo do *direito anterior de outrem*. A evicção é formada por três “atores”: *alienante* (responde pelos riscos da evicção); *adquirente* (perde a posse ou a propriedade – evicto); *terceiro* (quem prova o direito anterior – evictor).
- A garantia da evicção subsiste ainda que a aquisicao se tenha operado em hasta pública. Neste caso, quem responde pela evicção será o devedor, que indicou o bem à penhora e que, posteriormente, foi a leilão (móvel) ou praça (imóvel). Se porventura o devedor não puder responder pela evicção, será responsabilizado o credor exequente. Se ainda assim o credor não puder ser responsabilizado, num terceiro plano responderá o Estado (entendimento de Fredie Didier). Os direitos do evicto (adquirente) encontram-se elencados no art. 450, do CC.

- Nos termos do art. 448, do CC, vale registrar que a cláusula de garantia da evicção pode ser reforçada, diminuída ou *excluída* (ou seja, em algumas situações, o alienante pode até não responder pela evicção – absurdo!!). A exclusão da garantia da evicção pode ser *legal* (art. 457, do CC) ou *convencional* (art. 449, do CC). Esta é inaceitável. O art. 449 mitiga essa cláusula convencional. Pra existir a exclusão total da garantia da evicção, não basta o contrato constar a cláusula excludente, mas é preciso que o adquirente, expressamente, assumo o risco de perder a coisa.

## VÍCIO REDIBITÓRIO

- Art. 441, do CC – é o defeito oculto que diminui o valor ou prejudica a utilização da coisa. O adquirente prejudicado pode se valer, em face do alienante, de uma das duas ações edilícias: *redibitória* ou *estimatória (quanti minoris)* – arts. 442/443. Na primeira, pede-se a extinção do contrato, o preço de volta e, até, perdas e danos. Na segunda, pede-se abatimento no preço. O alienante só paga perdas e danos se sabia do defeito (ação redibitória) – art. 443, do CC.
- Prazos do CC para propositura das ações edilícias (art. 445, do CC): 30 dias (bem móvel); 01 ano (bem imóvel) – conta-se o prazo da entrega efetiva da coisa – prazo decadencial.
- Se o adquirente estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade (art. 445, § 1º, do CC).
- Garantia contratual (comentários ao art. 446, do CC) – durante o prazo de garantia contratual, o prazo legal fica congelado; todavia, à luz do princípio da boa-fé, manifestado o defeito, deve o adquirente comunicá-lo, sob pena de perder a proteção (legal ou contratual).

## O DIREITO INTERTEMPORAL E OS CONTRATOS

- Para Antônio Jeová Santos, o novo CC não retroage, em respeito ao ato jurídico perfeito, previsto na CF.
- Contudo, é preciso analisar o art. 2.035, do CC. No que tange ao plano de *validade*, o novo CC não retroage para atingir contratos anteriores (1ª parte do art. 2.035). No que tange ao plano de *eficácia* (execução, efeitos), o novo CC retroage para atingir contratos anteriores, cuja execução esteja em curso (2ª parte do art. 2.035). Para a doutrina de Jeová Santos, essa 2ª parte do art. 2.035 é inconstitucional, pois contradiz a 1ª parte.

- Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) – defesa indireta de mérito. Meio de defesa pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode argüir que deixou de cumpri-lo pelo fato de a outra parte ainda não ter satisfeito a prestação correspondente (arts. 476 e 477, do CC).
- Exceção de contrato não cumprido e Administração Pública: vide Lei 8666/93, art. 78, XV – restringe essa exceção contra a Administração Pública. Em 90 dias o particular não pode opor exceção contra a Administração Pública, mesmo que esta deixe de cumprir sua parte, em nome do *princípio da continuidade do serviço público* (é tema que merece críticas).
- Observações: a *exceptio non rite adimpleti contractus* é a defesa oponível quando a parte demandante cumpre primeiramente a sua prestação, de forma *imperfeita, irregular*.
- O adimplemento substancial (*substantial performance*) é originário do direito inglês; esta teoria pretende evitar o abuso de direito, impedindo a resolução do contrato se, embora realizada a prestação de maneira irregular, o interesse do credor houver sido satisfeito.

## EXTINÇÃO DO CONTRATO

- Há três formas de dissolução do contrato:
  - a) Resolução: traduz a dissolução do contrato em caso de *inadimplemento* (art. 475, do CC). A vantagem de se consignar a cláusula resolutiva previamente no contrato é a de economia processual, eis que, descumprida a obrigação, o contrato é automaticamente resolutivo. Não contendo o contrato esta cláusula, o prejudicado terá que interpelar a outra parte sobre a sua resolução.
  - b) Rescisão: dois aspectos: pode ser utilizado o termo *rescisão* no mesmo sentido de resolução por inadimplemento culposo. Mas não é tão segura essa técnica. Francesco Massineo, Serpa Lopes, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, C. R. Gonçalves, entendem que a palavra *rescisão* deve ser utilizada na extinção do contrato em caso de *nulidade*, em especial no caso de lesão.
  - c) Resilição: é a forma de dissolução mais peculiar. Traduz o desfazimento do contrato por *simples manifestação de vontade* de uma ou de ambas as partes. Pode ser bilateral (art. 472, do CC), também conhecida por *distrato*. Pode, também, ser unilateral, operando-se por um ato jurídico denominado *denúncia* (at. 473, do CC). Para tanto, na resilição unilateral, é preciso que haja previsão legal.

## DIREITOS REAIS (DAS COISAS)

- Direitos reais ou das coisas traduzem um conjunto de normas e princípios, reguladores das relações jurídicas das coisas suscetíveis de apropriação pelo homem, segundo uma finalidade social.
- Tipicidade: os direitos reais são típicos, ou seja, constam da lei (art. 1.225, do CC).
- Posse – teorias explicativas:
  - a) Subjetiva: (Savigny) – a posse traduziria um poder material sobre a coisa (*corpus*), com a intenção de tê-la para si (*animus*).
  - b) Objetiva: (Ihering) – a análise da posse dispensaria a comprovação do *animus*. Para Ihering, possuidor é quem se comporta como proprietário, imprimindo destinação econômica à coisa.
- A teoria adotada pelo nosso CC foi a objetiva, de Rudolph Von Ihering (art. 1.196, do CC). Mas sofre, inegavelmente, a influência da teoria subjetiva, de Savigny, principalmente no que diz respeito ao usucapião;
- Diferença entre posse e detenção (art. 1.198, do CC) – o detentor cumpre ordens, instruções (ex. o caseiro, motorista, bibliotecário, etc.).
- Existe posse de direitos? A regra, em nosso direito, é que só se possui coisas. Por exceção, alguns códigos, como o do México (art. 794), da Colômbia (art. 776), admitem a posse de direitos, assim como o brasileiro, nos casos da posse de direitos autorais, posse de direito de uso de linha telefônica (Súmula 193/STJ).
- Classificação da posse:
  - a) Quanto ao exercício (1.197, do CC): *direta* (o possuidor tem o contato material com a coisa – ex. o inquilino, o locatário); *indireta* (o possuidor não tem contato material com a coisa, mas usufrui economicamente dela - ex. locador). Quando há duas pessoas exercendo posse na mesma área é chamada de *composse* (art. 1.199, do CC).
  - b) Quanto à existência de vício (1.200, do CC): *justa* (é a posse que não é violenta, clandestina ou precária); *injusta* (é a posse violenta, clandestina ou precária). A autotutela da posse traduz-se no desforço *incontinenti* (esbultão) ou legítima defesa (turbação) – art. 1.210, do CC. Posse precária não deve ser confundida com *precariedade*, que é vício da posse. Posse precária é a concedida a título de favor, perfeitamente lícita (ex. posse do comodatário). A precariedade-vício surge quando o proprietário exige a devolução da coisa e o possuidor precário se recusa a devolvê-la. A partir daí, a posse passa a ser injusta, pelo vício da precariedade, começando a correr o prazo de usucapião.

- c) Quanto ao elemento psicológico (1.201 e 1.202, do CC): *de boa-fé* (é quem ignora o vício da posse); *de má-fé* (é quem tem ciência do vício da posse). O justo título firma presunção de boa-fé.
- Efeitos da posse:
  - a) Quanto à percepção dos frutos (1.214 a 1.216, do CC): fruto é a utilidade que se renova (ex. bezerro da vaca, café, laranja, aluguel, juros – este último, frutos civis). Segundo Clóvis Bevilacqua, essas normas do CC referentes aos frutos, aplicam-se aos produtos (ex. carvão mineral).
  - b) Responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa (1.217 e 1.218, do CC): o possuidor de boa-fé só responde se der causa à perda ou deterioração da coisa. Segundo C. R. Gonçalves e Arnaldo Wald, *dar causa* é atuar com culpa ou dolo.
  - c) Quanto às benfeitorias realizadas na coisa (1.219 e 1.220, do CC): o possuidor de boa-fé tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, e de levantar (retirar) as voluptuárias (se não deteriorar a coisa) e pode reter a coisa até que seja pago. Porém, a retenção só diz respeito às benfeitorias necessárias e úteis. O de má-fé só tem direito ao valor das benfeitorias necessárias e não tem direito à retenção.
- O que é *constituto possessório* (*clausula constituti*)? Ocorre quando uma pessoa que possuía em seu próprio nome passa a possuir em nome alheio (ex. proprietário vende a própria casa e continua morando nela, a título de aluguel). A *traditio brevi manu* é o contrário do constituto possessório: a pessoa que possuía em nome alheio passa a possuir em nome próprio (ex. inquilino que compra a casa em que mora). *Traditio longa manus* é forma de tradição simbólica.

## PROPRIEDADE

- Trata-se de um direito real complexo, definido no art. 1.228, do CC e compreensivo das faculdades reais de usar, gozar ou fruir, dispor e reivindicar a coisa, segundo uma finalidade social – art. 1.228, do CC.
- O conceito de propriedade só pode ser devidamente apreendido dentro de uma concepção social.
- Segundo Perlingieri, a função social é o título justificativo da propriedade, *integrandu o seu conceito*.
- Um dos primeiros institutos do Direito Romano, ligado à função social da propriedade, foi o *omni agro deserto* (o Império Romano concedia terras aos agricultores que iam trabalhar na fronteira).

- No assunto propriedade, três autores tiveram importância fundamental: León Duguit (pronúncia: diguí), Augusto Comte e Carl Renner. No Direito brasileiro, o princípio da função social da propriedade está presente desde a Constituição de 1946. No mundo, surgiu em 1919, com a Constituição de *Weimar* (pronúncia: vaimá).
- No Brasil, está previsto no art. 5º, XXII e XXIII, da CF.
- Características do direito de propriedade:
  - a) É um direito complexo, formado por um conjunto de poderes: usar, gozar ou fruir, dispor ou reivindicar a coisa.
  - b) É absoluto, porque oponível *erga omnes*.
  - c) É perpétuo, porque pode ser transmitido de geração a geração e não acaba pelo não uso, em princípio.
  - d) É um direito exclusivo, porque, salvo a hipótese de condomínio, a propriedade sobre o bem afasta o do outro.
  - e) É um direito elástico, porque os poderes do proprietário podem ser distendidos para formar outros direitos reais, sem que haja perda na essência da propriedade (1.229/1.230, do CC) – Obs. *Minemônica: CAPEELA = complexo, absoluto, perpétuo, exclusivo e elástico* (características da propriedade, para memorizar).
- Direitos de vizinhança: segundo San Tiago Dantas, os direitos de vizinhança visam a disciplinar o conflito de concorrência entre vizinhos. Para C. R. Gonçalves, são conjuntos de regras que disciplinam a convivência harmônica entre vizinhos. São obrigações *propter rem* (vinculadas à coisa).
- Uso normal da propriedade: deve ser um uso racional, que respeite a função social da propriedade. Os danos causados pelo vizinho podem ser tanto material quanto moral. O nome da ação judicial que o proprietário pede garantia em face da eventual ruína chama-se *ação de dano infecto*.
- Teoria da pré-ocupação: quem edificou primeiro, tem o direito melhor. Mas não é prevalente. Deve-se observar o zoneamento urbano e o plano diretor. Mesmo com autorização do Poder Público para funcionar, se o prédio viola o uso normal da propriedade, a atividade deve ser embargada ou impedida.
- Passagem forçada: decorre de lei, sendo um direito real de vizinhança (não confundir com servidão) – é o direito que assiste ao dono de imóvel encravado, de reclamar do vizinho, que lhe deixe passagem, mediante indenização (art. 1.285, do CC). Na forma do § 2º do art. 1.285, se o encravamento resultar de alienação, necessariamente o adquirente dará a passagem. A doutrina entende que é encravado também o imóvel quando a passagem é insegura ou impraticável.

- Direito de construir: art. 1299, do CC. Admite-se abertura de janela a menos de metro e meio do terreno vizinho, desde que tal janela tenha vidro opaco ou translúcido (Súmula 120/STF). Na zona rural, a distância é de, no mínimo, três metros (art. 1.303, do CC). Porém, as portas podem ser abertas a menos de metro e meio (Súmula 414/STF). Contudo, o CC/2002 permite a visão perpendicular ou oblíqua por janela construída a até 75 cm (1.301, § 1º, do CC). A ação para embargar obra, nesses casos, chama-se *ação de nunciação de obra nova*. Se a obra já estiver concluída, ação é a *demolitória* – art. 1.302, do CC – prazo de ano e dia a partir da conclusão da obra.
- Modo de perda da propriedade imobiliária (1275/1276, do CC):
  - a) Renúncia: declaração negocial de vontade abdicativa da propriedade; é sempre formal.
  - b) Abandono: é sempre fático.
  - c) Alienação.
  - d) Perecimento da coisa.
  - e) Desapropriação.
- Modos de aquisição da propriedade imobiliária:
  - a) Registro imobiliário: art. 1.245, do CC e Lei 6.015/73 – transfere-se entre vivos a propriedade. Diferentemente do Direito alemão, à luz do § 2º do art. 1.245, do CC, o registro imobiliário firma uma presunção relativa de veracidade. O único registro, para a doutrina, que firma presunção absoluta de veracidade é o registro *Torrens* (art. 277, da LRP). O nosso sistema é o romano: para que haja a aquisição da propriedade é preciso a conjunção do título e o modo (registro). O título pode ser um contrato, um formal de partilha, etc.
  - b) Matrícula: é o primeiro número de registro do imóvel. A cada alienação, o imóvel ganha um novo número de registro.
  - c) Averbação: é o nome que se dá a qualquer alteração sofrida no registro.
  - d) Acessão: segundo Arnoldo Wald (pronúncia: válde), é a união física, em virtude da qual um proprietário de um bem principal se torna proprietário de um bem acessório. É o aumento do volume da coisa principal. A acessão pode se dar pelas hipóteses do art. 1.248, do CC. Acessões naturais (incisos I e IV, do art. 1248). Acessão artificial (inciso V do art. 1248). A aluvião imprópria ocorre por meio de retração das águas dormentes (art. 1250).

- Usucapião: é do sexo feminino, ou seja, *a* usucapião, embora não seja pacífico. Mas o novo CC/2002 adotou o termo feminino. Vem da expressão latina *usus capia, capera*, que significa *posse adquirida*, formando a palavra *usucapião*. Ou seja, *a* posse adquirida. É uma forma de prescrição aquisitiva. Segundo Sílvio Rodrigues, a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, por meio da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo fixado na lei. Não há imposto de transmissão da usucapião. Apenas a título de observação, é possível somar posses na usucapião.
- Requisitos da usucapião:
  - a) Coisa susceptível de ser usucapida.
  - b) Posse mansa e contínua, com *animus domini*.
  - c) Tempo.

Obs. Produtos obtidos criminalmente podem ser usucapidos, segundo Lenine Nequete, Raul Chaves e Pontes de Miranda. A jurisprudência do TJ/RS e do STJ também admite. Contudo, durante o prazo de prescrição penal, o ladrão não pode pleitear o direito à usucapião.

- Espécies de usucapião:
  - a) Extraordinária: - 1238, do CC – há entendimento, no STF, que bens gravados com cláusula de inalienabilidade não podem ser usucapidos (RT 106/770). É possível a usucapião extraordinária de área comum do condomínio (JTJ 157/198).
  - b) Usucapião rural: 1239, do CC – também previsto na Constituição, no art. 191 – *usucapião pro labore*.
  - c) Usucapião urbana: 1240, do CC – também chamado *pro misero* – CF, art. 183 e 9º, do Estatuto da Cidade. Com base nessa usucapião, o STF, no RE 305416/RS, admite a usucapião urbana de apartamento.
  - d) Usucapião ordinária: 1242, do CC - ao contrário do extraordinário, exige justo título e boa-fé (vide art. 10, do Estatuto da Cidade, que prevê a usucapião urbana coletiva, adquirida por população carente, em 5 anos).
  - e) Usucapião coletiva rural: §§ 4º e 5º do art. 1228, do CC – segundo Pablo Stolze, um dos maiores absurdos do Direito Civil brasileiro. O § 5º permite a indenização na usucapião, parecendo tratar-se de desapropriação. É uma forma nova de desapropriação judicial. Segundo Arruda Alvim e outros, é uma espécie de *usucapião onerosa*. Quem pagará a indenização ao proprietário do imóvel, segundo a doutrina majoritária, serão os possuidores da área. O Enunciado 84 da 4ª Jornada de Direito Civil confirma a tese (acredite!!). E o Enunciado 241 vai além: a sentença que dá o direito aos possuidores só pode ser registrada depois que o proprietário receber

a indenização. Perguntinha: como os possuidores pagarão a indenização? Se tivessem dinheiro não seria melhor comprar uma propriedade, ao invés de requerer a usucapião? É norma fadada à ineficácia.

## DIREITO DE FAMÍLIA

- Na antiguidade, era uma idéia atrelada à convivência. No Direito Romano, a família era uma unidade econômica, política, militar e religiosa, sob a mão forte do *pater família*. Constantino, influenciado pelo cristianismo, passou a dar importância à família a partir do matrimônio. Não haveria família fora do casamento; só o casamento legitimava a família (demonstração de força da Igreja Católica) – era a realidade no início do século XX. Especialmente na década de 70, segundo Guilherme de Oliveira, o movimento feminista e o redimensionamento das forças globais, além da força do divórcio, o casamento começa a perder sua aura de indissolubilidade, formando-se famílias de segunda e terceiras núpcias (os americanos chamam de *mixed blended families* – famílias recombinadas), surgindo outras formas de arranjos familiares. A CF/88, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226), acompanhou esse avanço, para permitir a família não somente no casamento, mas também a proveniente da união estável e da família mono-parental (um dos pais e sua prole). O princípio da dignidade da pessoa humana abre o conceito jurídico de família, na medida em que, segundo Karl Lorenz, reconhece a prerrogativa de todo ser humano ser respeitado como pessoa, realizando o seu projeto pessoal de vida. Paulo Lôbo, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, sustentam que a norma constitucional (art. 226, § 3º e segs.), não encerra um conceito fechado, de maneira que outros “arranjos familiares” devem ser respeitados e tutelados no Brasil (a exemplo das uniões homoafetivas e da família anaparental – expressão do prof. Sérgio Rezende de Barros, consiste no núcleo familiar formado por parentes que não são próximos ou, até mesmo, não parentes, unidos pelo vínculo da afetividade, formando uma comunidade de existência). Para a melhor doutrina, o conceito de família é *eudemonista*, sócio-afetivo. Sócio-afetivo, pois moldado pela afetividade e não pela técnica legislativa. *Eudemonista*, pois respeita o projeto de felicidade de cada um.
- A família é uma pessoa jurídica? Não. Mas há quem defenda a tese: Savatier, Mazend, Carbonnier. Mas prevalece a tese segundo a qual a família não é uma pessoa jurídica, inclusive no Brasil.

## CASAMENTO

- Segundo Von Wetter, casamento é a união do homem e da mulher com o fim de criar uma comunidade de existência.
- Natureza jurídica: para uma primeira corrente (publicista) o casamento é um instituto jurídico de direito público – um ato administrativo (absurdo!!). Para

uma segunda corrente (privatista), o casamento é um instituto jurídico de direito privado. O casamento seria uma instituição de direito privado (Maria Helena Diniz). Instituição é complexo de normas. Outros sustentam que o casamento é um ato-condição, segundo León Duguit, uma declaração de vontade, que coloca o declarante em uma situação jurídica impessoal. O casamento é um *contrato especial* de Direito de Família, segundo Sílvio Rodrigues, entre outros. É um contrato, por ter como núcleo o consentimento e desprovido de valor econômico.

- Pressupostos existenciais do casamento:
  - a) Diversidade de sexo – segundo Caio Mário, é principiológico.
  - b) Consentimento: vontade dos nubentes.
  - c) Celebração por autoridade materialmente competente. Quando falta competência meramente territorial, o casamento é inválido, anulável – art. 1550, VI, do CC. O CC consagrou a *teoria do funcionário de fato* (art. 1554) – teoria da aparência.
- Espécies de casamento (formas especiais de casamento):
  - a) Casamento por procuração (art. 1542).
  - b) Casamento *in articulo mortis* – em iminente risco de morte (art. 1540).
  - c) Casamento em caso de moléstia grave (at. 1539).
  - d) Casamento civil (art. 1512).
  - e) Casamento religioso com efeitos civis (art. 1515).

Obs. O casamento religioso com efeitos civis envolve o casamento espírita? O professor Joselito Rodrigues de Miranda defende a corrente negativista, pois, em primeiro lugar, o espiritismo não seria religião, por não ter organização eclesiástica ou sacerdotal; segundo, porque não haveria autoridade competente para celebrar o ato. O TJ-BA, julgando o MS 34739-8, acatou a tese do casamento espírita, por um voto de diferença. Dalmo Dalari concorda, pois não há definição na lei sobre o que é religião ou autoridade religiosa, tendo em vista que o nosso país é laico, sem religião oficial.

- Capacidade para o casamento: a idade mínima é de 16 anos, segundo o art. 1517, do CC, necessitando da autorização dos pais ou representantes ou suprimento judicial, até os 18 anos. Abaixo dos dezesseis anos (1.520) é permitido, em caso de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal e em caso de gravidez. A Lei 11.106/2005, revogando o art. 107/CP, não mais considera o casamento causa de extinção de punibilidade (até porque existe a figura do perdão; e o casamento da vítima de estupro com o estuprador é uma forma de perdão tácito).

- Promessa de casamento ou sponsais: consiste em um compromisso de casamento firmado entre os nubentes. Havendo rompimento do noivado, no Direito atual, pode haver responsabilidade civil aquiliana (extracontratual), não pelo fato do afeto ter terminado, mas pelo rompimento injustificado, causador de dano material ou moral. O rompimento do namoro (TJ-RS, Ap 70008220634) não é indenizável, considerado fato da vida.
- Impedimentos matrimoniais:
  - a) Impedimentos (art. 1521, CC) – são os antigos *absolutos ou dirimentes públicos*, do CC/1916. A consequência dos impedimentos é a nulidade absoluta do casamento (art. 1548, II)
  - b) Causas de anulação (1550 e segs.) – antigos *relativos ou dirimentes privados*, do CC/1916.
  - c) Causas suspensivas (1532, do CC) – antigos *impedientes proibitivos* do CC/1916.

Obs. Quanto ao casamento de colaterais em 3º grau, a doutrina (Maria Berenice Dias, Jones Figueiredo Alves) sustenta a viabilidade do matrimônio se houver laudo médico favorável, nos termos do DL 3200/41. A condenação pelo adultério não é mais causa de impedimento matrimonial. O juiz não pode, de ofício, declarar a nulidade do casamento, mesmo sendo esta nulidade absoluta, pois no Direito de Família esta nulidade é especial. A melhor doutrina sustenta que a sentença que declara nulo o casamento, ou o anula, tem efeito *ex tunc* (retroativo) – Pontes de Miranda.

- As causas de anulação (1557) dizem respeito a fatos *anteriores* ao casamento. A impotência *coeundi* (física) pode anular o casamento; a *generandi* (incapacidade para procriar) não anula o casamento. A virgindade não é mais causa de anulação do casamento, à luz do princípio da isonomia (já que não se exige do homem, é justo que não se exija da mulher).
- As causas suspensivas do casamento não geram a sua invalidade, sendo ele considerado válido. A consequência é que o casamento será contraído, necessariamente, no regime de separação obrigatória de bens (1523, do CC). Chama-se *causas suspensivas* porque estará suspensa a liberdade de escolha do regime de casamento.
- Observação: o que é casamento putativo? É o casamento nulo ou anulável, contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges e cujos efeitos jurídicos são preservados. É uma aplicação da teoria da aparência, que sustenta a manutenção dos efeitos do casamento, em respeito à boa-fé do cônjuge. O juiz pode, de ofício, reconhecer a putatividade e resguardar esses efeitos na sentença. O cônjuge de boa-fé não pode ser prejudicado (art. 1561, do CC).

- Deveres conjugais – 1565, do CC. A medida cautelar de separação de corpos suspende o dever de coabitação. Infidelidade não se confunde com adultério. Este pressupõe conjunção carnal. Há, hoje, a infidelidade virtual (internet).
- À luz do princípio da proporcionalidade, a prova ilícita no âmbito civil pode ser acatada, em nome da honra do cônjuge traído.
- Regime de bens: trata-se do estatuto patrimonial do casamento, regido pelos princípios da liberdade de escolha, da variabilidade e da mutabilidade.
- Tipos de regime:
  - a) Comunhão universal.
  - b) Comunhão parcial.
  - c) Separação convencional.
  - d) Participação final nos aqüestos.
- O pacto antenupcial é o contrato em que as partes fazem a escolha do regime de bens, ou criam regime novo, mesclando normas dos regimes existentes (Enunciado 331, IV, das Jornadas de Direito Civil) – art. 1653, do CC.
- Não fazendo o pacto antenupcial, os cônjuges incidem na regra legal supletiva do art. 1640, que considera o regime da comunhão parcial, como sendo o regime legal subsidiário do Direito brasileiro.
- Separação obrigatória de bens (1641, do CC) – Hipóteses elencadas no dispositivo citado. O inciso II é inconstitucional, pois não se deve impor ao maior de 60 anos o regime de bens. Isso não deve ser colocado como regra geral, mas analisado no caso concreto.
- A separação obrigatória de bens incide nos bens anteriores, não no patrimônio presente. O patrimônio amealhado no curso do casamento a título oneroso, comunica-se (Súmula 377/STF).
- É possível a mudança de regime, no Brasil? E os casamentos anteriores ao CC? É possível a mudança de regime se houver pedido conjunto dos cônjuges, não havendo prejuízo a terceiros de boa-fé. O juízo é de família e deve-se publicar os devidos editais. Por outro lado, é possível a mudança de regime de bens a casamentos anteriores ao CC/2002. O STJ tem decidido no sentido da possibilidade da mudança do regime de bens para casamentos anteriores em mais de uma oportunidade (REsp 730546-MG/REsp 821807-PR).
- Qual o efeito da sentença na mudança de regime de bens? A maioria da doutrina (Sérgio Gischkow Pereira, Maria Berenice Dias, Luiz Felipe Brasil, Paulo Lôbo) sustenta que, em havendo pedido dos cônjuges e não prejudicando

terceiros de boa-fé, o efeito é *ex tunc*, ou seja, retroativo (ver TJ-RS, Ap. 7000-6423891).

- Espécies de regime de bens:
  - a) Comunhão parcial de bens: (1658, do CC) – neste regime vigora o princípio segundo o qual os bens adquiridos por um ou ambos os cônjuges, onerosamente, no curso do casamento, formarão um patrimônio comum (os bens adquiridos no curso do casamento são chamados *aqüestos*). O CC proíbe que qualquer dos cônjuges pleiteie do outro bem que foi adquirido por causa anterior (art. 1661). Créditos trabalhistas entram na comunhão parcial de bens (REsp 421801-RS).
  - b) Comunhão universal de bens: segundo Arnaldo Rizzardo, ocorre uma fusão entre os bens trazidos para o casamento, pelo homem e pela mulher, formando uma única massa (1667, do CC). *Aprestos* são presentes, preparativos do casamento.
  - c) Separação convencional de bens: cada cônjuge possui patrimônio separado (1687/1688, do CC). Este regime acarreta um inconveniente sucessório na concorrência entre a viúva ou viúvo e os descendentes do falecido (art. 1829, I, do CC).
  - d) Regime de participação final nos aqüestos: neste novo regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo, todavia, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos *pelo casal*, a título oneroso, no curso do casamento (art. 1672, do CC) – Costa Rica, Alemanha, Espanha, França, Argentina). O que importa é ter sido o bem *adquirido* pelo casal, não importando se está no nome de apenas um dos cônjuges (1681, CC).
- Comentários ao artigo 1.647, do CC – Da outorga uxória: a separação que dispensa a outorga é a convencional. Quanto à fiança, a Súmula 332/STJ diz que, sem a outorga, é ela totalmente ineficaz. O art. 1656 permite que, no regime de participação final dos aqüestos, busque-se a outorga uxória, ressalvada a dispensa, no pacto antenupcial.
- Observação 1: capital aplicado em plano de previdência privada entra na meação? E o FGTS? Não entra na meação o capital aplicado em previdência privada, assim como o FGTS, mas os frutos que eles produzem, sim (AC 70006757793-RS).
- Observação 2: Cabe ação monitória no Direito de Família? Segundo a doutrina, é possível (Ralf Madaleno, Fabiana Spengler, Theobaldo Spengler) – Revista do IBDFAM n. 22.

- Outrora denominada de *desquite*, tem base legal no art. 1571, do CC. A separação é uma das causas de dissolução da sociedade conjugal, vale dizer, põe fim a certos deveres do casamento (1576, do CC), mas não extingue o vínculo matrimonial. O casamento válido só pode ser rompido pelo divórcio ou pela morte.
- Tramita a PEC 413/2005, segundo a qual acabará com a separação judicial no Brasil, permanecendo apenas o divórcio direto.
- Espécies de separação:
  - a) Consensual: 1574, do CC e 1.120 e segs. do CPC.
  - b) Litigiosa: por causa subjetiva (com culpa/separação-sanção – 1572, do CC) ou por causa subjetiva (sem culpa – 1572, §§ 1º e 2º - separação-falência [§ 1º] e separação-remédio [§ 2º]).
- Para pedir a separação judicial consensual, é requisito ter mais de um ano de casamento válido (1574, CC).
- Na separação judicial litigiosa existe ação, procedimento contencioso, de um cônjuge contra o outro. A Lei 968/49 dispõe que, antes do prazo de defesa, o juiz determina uma audiência de tentativa de conciliação. Não há o *cite-se* inicial. Não havendo conciliação ou conversão em separação judicial consensual, aí sim, abre-se o prazo para a defesa.
- Separação litigiosa por culpa: art. 1.572, do CC – o reconhecimento da culpa, na sentença da separação litigiosa gera basicamente dois efeitos: perda dos direitos aos alimentos (art. 1.704, do CC) e a perda dos direitos ao uso do sobrenome, na forma do art. 1.578, do CC. A culpa reconhecida *não* interfere no regime de bens e na guarda dos filhos.
- Separação sem culpa: § 1º do art. 1.572 – separação falência (em desuso); § 2º do art. 1.572 – separação remédio (em caso de doença mental grave). O CC não reproduziu a *cláusula de dureza* (C. R. Gonçalves, Luiz Felipe Brasil, entre outros), que estava prevista no art. 6º, da antiga Lei do Divórcio. Segundo esta regra, o juiz não decretaria a separação falência ou remédio, se verificasse prejuízo ao outro cônjuge enfermo ou à prole (essa cláusula é originária do direito francês).
- Observação: no divórcio direto não se discute culpa. Só se discute culpa para efeitos colaterais da sentença (ex. alimentos).
- Há decisões do STJ admitindo a separação pelo simples “desamor” (REsp 467.184/SP).

DIVÓRCIO – art. 1.580 e segs., do CC.

- A EC n. 09/77 quebrou o princípio da indissolubilidade, na CF/67, para permitir a entrada em vigor da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio). Existem duas modalidades de divórcio:
  - a) Indireto (por conversão), com separação judicial prévia.
  - b) Direto (independe de separação anterior). Quaisquer dos dois podem tramitar em procedimento consensual ou litigioso. O direto é requerido após a separação de fato por mais de dois anos.
- Há projeto de lei (6.416/2005) no sentido de permitir o divórcio direto consensual lavrado em cartório extrajudicial (Lei n. 11.441/07 – entrou em vigor a partir de janeiro de 2007).
- Não se exige a partilha de bens no divórcio (art. 1.581, do CC e Súmula 197/STJ).

## GUARDA DE FILHOS

- Como decorrência do poder familiar – traduz um conjunto de obrigações e direitos, em face do menor, especialmente de assistência material e moral (art. 1.584, do CC). No Brasil, tradicionalmente, a guarda é unilateral (ou do pai, ou da mãe), cabendo ao outro direito de visitar, extensiva aos avós. Há outra modalidade de guarda, como a *compartilhada* ou *conjunta, alternada, aninhamento ou nidação* (este último é um termo de Denise Bruno – Revista n. 12, do IBDFAM).
- Na guarda alternativa não há compartilhamento, vale dizer, nesta modalidade o menor alterna-se em períodos pré-estabelecidos, com o pai ou com a mãe. Na guarda denominada *aninhamento* ou *nidação* as crianças permanecem sob o mesmo teto, com as mesmas rotinas, sendo que os pais se revezam na convivência com os filhos.
- Guarda compartilhada: neste sistema de guarda, consagrado pela Lei 84, em 1995, em Portugal, sem dispositivo específico no CC/2002, não há exclusividade na guarda, de maneira que os pais atuam simultaneamente, responsabilizando-se pelo menor. O PL 6.350/2002 regulará a guarda compartilhada no Brasil. Não havendo acordo, pressupõe que o juiz aplicará outro tipo de guarda. A compartilhada exige consenso (AI 7000782257; AC 7000760673; AC 70007455926, todos do RS).
- União homoafetiva: desde 1979 a OMS banuiu do catálogo internacional a homossexualidade como doença. Muitos Estados da Europa e da América admitem a união civil ou casamento entre homossexuais (Bélgica, Canadá, França, Holanda, Argentina, Suíça, Portugal). No Brasil, não houve avanço nessa área (há o PL de Marta Suplicy, que não resolve o problema do núcleo familiar entre homossexuais). Aqui, o Direito Previdenciário é o que mais avançou. Há algumas correntes no Brasil: uma primeira entende que se trata

de entidade familiar; outra diz que não forma família, mas uma sociedade de fato, com relacionamento obrigacional (entendimento do STJ). Há uma ADI, no STF, em que o Min. Celso de Mello se posiciona no sentido de encarar a união homoafetiva como família (ADI 3300) – esta ADI morreu por falta de pressuposto, mas o posicionamento do Min. Celso de Mello é pioneiro no STF (vide também REsp 24.564/TSE).

## PARENTESCO

- Baseado no pensamento da Prof<sup>a</sup>. Maria Helena Diniz, o parentesco é a relação vinculatória entre pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco comum, bem como a relação entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro. Há três tipos de parentesco:
  - a) Civil (adoção).
  - b) Consangüíneo ou natural: travado entre pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco comum (arts. 1.591 e 1.592, do CC). Na linha colateral, o parentesco vai até o 4º grau; na linha reta, o parentesco é “infinito”.
  - c) Afinidade: a relação jurídica é travada entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro (art. 1.595, do CC). No parentesco por afinidade não há vedação ao casamento entre os parentes afins na linha colateral, mas só na linha reta (art. 1.595, § 2º). O popular *co-cunhado* não existe juridicamente. O STJ entende que não existe obrigação alimentar entre parentes por afinidade.

## FILIAÇÃO

- A CF reconhece a igualdade entre os filhos, no art. 227, § 6º. Antes, a Lei do Divórcio definia filhos legítimos e ilegítimos (ex. incestuosos, sacrílegos, adúlteros, bastardos, etc.). Isso felizmente acabou.
- Forma de reconhecimento voluntário dos filhos: para os filhos havidos do casamento, há uma presunção *relativa* de paternidade (art. 1.597, I a V, do CC).
- Formas legais de reconhecimento voluntário de filhos (art. 1.609, do CC).
  - a) No registro de nascimento.
  - b) Por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório.
  - c) Por testamento, ainda que incidentalmente manifestado. O reconhecimento, neste caso, é irrevogável.
  - d) Manifestação expressa e direta perante o juiz.

- O reconhecimento de filho já morto só pode se ele deixou descendente, para evitar o reconhecimento por interesse financeiro (parágrafo único do art. 1.609).
- Características do reconhecimento voluntário de filhos:
  - a) É um ato solene.
  - b) É um ato espontâneo.
  - c) É um ato irrevogável.
  - d) É incondicional.
  - e) É um ato personalíssimo (o art. 59, da Lei 6.015 permite o reconhecimento por procurador, com poderes especiais).
- Observação: o menor relativamente incapaz precisa de assistência para reconhecer filho? Não, pois ali está apenas reconhecendo um fato. O absolutamente incapaz pode reconhecer filho se houver o procedimento especial do art. 109, da Lei 6.015 (Registros Públicos), com participação do MP e autorização final do juiz (tudo isso em nome da segurança jurídica).
- Observação 2: filhos maiores só podem ser reconhecidos com a sua anuência (art. 1.614, do CC). O menor pode impugnar o reconhecimento nos 4 anos seguintes à maioridade ou à emancipação (o STJ entende que esse prazo é inconstitucional, pois seria imprescritível o direito do filho impugnar o reconhecimento, havendo motivos suficientes – mas a matéria é polêmica).

## UNIÃO ESTÁVEL

- Termo inserido na CF/88, substituindo a expressão *concubinato*. Somente no século XX a concubina começa a ter reconhecidos alguns direitos indenizatórios – primeiro na França, com a lei de 16 de novembro de 1912. No Brasil o primeiro ramo do Direito a se preocupar com o concubinato foi o previdenciário, com o Decreto n. 20.465/31 – LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social), que estipulava uma pensão previdenciária à concubina. O primeiro ramo do Direito Civil, que se preocupou com a companheira, foi o *das obrigações* e não o *de família* (aqui no Brasil), estipulando à companheira indenização pelos serviços domésticos prestados (substituto dos alimentos, que não existia). Ainda tutelado pelo Direito das Obrigações, surgiu a *teoria da sociedade de fato* (entre 1940 e 1960), firmando o STF o entendimento consubstanciado na Súmula 380, no sentido de que a concubina passaria a ter direito a uma parcela do patrimônio comum, desde que comprovasse sua participação na aquisição dos bens. Foi aí que surgiu a *ação de dissolução de sociedade de fato*. Mas foi a CF/88 que deu o passo mais avançado, considerando a dignidade familiar à união estável (art. 226, § 3º, da CF). A partir daí duas leis foram aprovadas para regulamentar a situação: Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96, dando à companheira direito a alimento, regime de bens, sucessão (herança), etc. Há enten-

dimento no STJ, dizendo que os alimentos poderiam ser concedidos antes das leis, com base na própria CF. Hoje, a normatização mais nova da união estável é o próprio CC/2002, a partir do artigo 1.723. Como conceito, pode-se definir união estável como *aquela que não exige prazo previsto em lei, prole ou coabitação* (Súmula 382/STF), *mas com o objetivo de constituição de família* (art. 1.723, do CC). É esta *aparência* de casamento que caracteriza a união estável.

- Contrato de namoro: não confundir com contrato de convivência. É uma declaração lavrada em escritura pública, em que as partes afirmam viverem uma relação instável de namoro, para evitarem as regras da união estável (criação tipicamente brasileira). Porém, esse contrato não tem validade jurídica, por impossibilidade do objeto, não podendo ser negada a regra da união estável (Venosa), que é um fato da vida.
- Contrato de convivência: (Francisco José Caliali) – contrato pelo qual as partes disciplinam efeitos patrimoniais da união estável. A pessoa casada pode estar em união estável, desde que separada de fato.
- União estável putativa: trata-se da situação em que uma pessoa impedida mantém relação concomitante com companheira ou companheiro, de boa-fé. Contudo, o STJ não tem acatado a tese da união estável putativa.
- Direitos e deveres dos companheiros: (art. 1.724, do CC) – quem vive em união estável vive em regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725).
- Efeito patrimonial da união estável, em face de terceiros: a doutrina (Humberto Theodoro Júnior e Arnaldo Wald), diz que em razão do risco de fraude, deve ser resguardado o terceiro de boa-fé. Neste caso, caso haja prejuízo do outro companheiro, este poderá ingressar com uma ação regressiva em face do seu convivente.
- Hoje, o STJ entende que *concubina* é quem mantém relação proibida. É a popular *amante*. A concubina não tem direitos de família, mas sim meros direitos obrigacionais, ou seja, direito à indenização ou, *provando* que colaborou na construção do patrimônio, pedir a sua parcela (Súmula 380/STF).
- Concubinato consentido: quando tanto a esposa quanto a concubina sabem da situação. Decisão do TJ-RS, nesse sentido, permitiu que o patrimônio do homem fosse dividido entre as duas.

## ALIMENTOS

- Com base no *princípio da solidariedade familiar*, os alimentos consistem na prestação que um parente, cônjuge ou companheiro fornece ao outro, visando à sua manutenção. Os alimentos são irrenunciáveis, impenhoráveis, incompensáveis e o direito em si pode ser exercido a qualquer tempo, enquanto houver fundamento. Espécies:

- a) Alimentos civis: mais abrangentes, pois envolvem além da prestação básica, a educação, a saúde, o lazer, etc.
  - b) Naturais ou necessários: são a prestação básica.
  - c) Provisórios ou provisionais: provisórios são os deferidos pelo juiz, liminarmente, na ação de alimentos (liminar agravável); os provisionais são os alimentos pedidos em uma ação cautelar. Os alimentos são previstos a partir do art. 1.694, do CC.
- No Direito de Família, o princípio da proporcionalidade está previsto no § 1º do art. 1.694.
  - Alimentos entre parentes: (art. 1.696, do CC) – pede-se primeiro aos ascendentes; em segundo lugar, aos descendentes e, em terceiro lugar, aos irmãos.
  - Alimentos entre cônjuges e companheiros: segundo Francisco Caliali (*O Direito de Família e Novo Código Civil*, ed. Del Rey) – no que tange aos alimentos entre cônjuges, o CC/2002, mantendo jurisprudência do STF (Súmula 379), firmou a tese da irrenunciabilidade dos alimentos (art. 1.707).
  - O namoro do alimentando faz cessar os alimentos pagos pelo alimentante? Segundo o STJ, o namoro não extingue pensão alimentícia, pois é relação instável (REsp 111.476/MG).
  - Em tese, é cabível prisão civil de pessoas idosas (avós). O STJ tem decidido no sentido de que tal prisão deve ser a domiciliar.

#### AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Legitimidade ativa: o suposto filho (art. 1.606, do CC). Os herdeiros podem *dar continuidade* à demanda. No REsp 603885, decidiu-se que os filhos de pais já falecidos poderiam ingressar com ação para serem reconhecidos como netos, em face dos avós. O MP também tem legitimidade para a investigação de paternidade.
- Legitimidade passiva: do suposto pai. Se este estiver morto, a ação é proposta contra os seus herdeiros.
- A ação de investigação de paternidade é imprescritível. No que tange à instrução probatória, a prova mais importante é o exame de DNA, admitindo-se a contra-prova.
- Ninguém pode ser coagido ao exame de DNA, mas a recusa gera a presunção *juris tantum* de paternidade (REsp 557365-RO).

- Competência: foro do domicílio do réu. Se for a investigatória cumulada com pedido de alimentos, o foro é o do autor. Se a investigatória for *post mortem* a competência é o do juízo do inventário.
- Os alimentos são devidos desde o dia da citação do alimentante (Súmula 277/STJ). Hoje, há entendimento de que os alimentos são devidos desde o protocolo da ação de alimentos no juízo, e não como era antes, ou seja, a partir da citação do alimentante, com no máximo as três últimas prestações anteriores.
- Além da investigatória de paternidade, existem outras referentes à filiação: reivindicatória de paternidade; anulatória de registro civil; negatória de paternidade; contestatória de paternidade etc., mas são ações com a mesma natureza da investigatória.
- Coisa julgada na investigatória: sem o exame de DNA, a sentença na investigação de paternidade não transita materialmente em julgado, admitindo uma rediscussão.
- A *desbiologização* do Direito de Família é o reconhecimento da afetividade, da filiação sócio-afetiva nas relações familiares. É a valorização do pai afetivo, daquele que *cria*, podendo sobrepujar a paternidade biológica. É um instrumento de realização do ser humano.
- Paternidade alimentar: baseada no vínculo biológico, a paternidade alimentar é reconhecida apenas para garantir o sustento do alimentando, sem prejuízo da filiação sócio-afetiva mantida com terceiros (tese polêmica).

## DIREITO DAS SUCESSÕES

- Segundo Santoro Passarelli, a palavra *sucessão* traduz substituição.
- Direito das Sucessões, segundo Clóvis Bevilácqua, *é um conjunto de normas que disciplina a transmissibilidade do patrimônio de alguém para depois da sua morte.*
- Segundo Orlando Gomes, no Brasil adotou-se o *sistema de divisão necessária* (arts. 1.789, 1.845 e 1.846, do CC). Herdeiros necessários são os *descendentes, ascendentes* e o *cônjuge*. Com a morte, metade da herança vai necessariamente para eles. A outra metade é a parte disponível da herança, podendo ser testada, inclusive para os herdeiros necessários ou apenas um deles.
- Não se confunde *herança* com *meação*. Esta é a parte do cônjuge. Aquela é o patrimônio do *de cujos*.

- A sucessão hereditária pode ser *legítima* ou *testamentária* (arts. 1.786/1.788) ou, ainda, *universal* ou *singular*. A universal é daquela pessoa que herda uma fração da herança ou todo o patrimônio (o herdeiro). O sucessor a título singular é o *legatário* (recebe bem específico). A sucessão testamentária é a regulada por testamento. Quem morre sem fazer testamento é o *ab intestato*, aplicando-se as regras da sucessão legítima (arts. 1.790 e 1.829 e segs.).
- Quanto à lei no tempo e no espaço (art. 1.785, do CC), a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido (espaço). Quanto à lei no tempo, o que rege o inventário é a do tempo da morte (art. 1.787, do CC).
- Princípio da *saisine* (pronúncia: *cezine*) – nasceu no direito feudal (Idade Média) – firma a regra segundo a qual com a morte a herança é transmitida desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, do CC).
- A palavra *herança* é mais tecnicamente correta. *Espólio* é palavra mais utilizada no processo (são sinônimas). Herança é um patrimônio, uma universalidade de bens.
- O art. 1.790, do CC, apesar de estar nas disposições gerais das sucessões, é uma *aberração topográfica*. Este artigo coloca a companheira numa posição de inferioridade, devendo ser considerado inconstitucional. Pelo *caput* do referido artigo, a companheira só tem direito aos bens adquiridos *onerosamente* durante a união estável, após a morte do companheiro. Os bens adquiridos de outra forma (gratuitamente ou por herança), não lhes serão atribuídos (segundo Pablo Stolze, este artigo viola o *princípio da vedação ao retrocesso constitucional*, defendido por Canotilho).
- Aceitação da herança: a aceitação ou adição da herança é um ato jurídico por meio do qual o sucessor confirma o recebimento da herança. O herdeiro só responde limitado pelo princípio *ultra vires hereditatis*, ou seja, o herdeiro não responde além das forças da herança. A aceitação, no Direito brasileiro, é sempre pura, não sendo condicional, a termo ou encargo. A aceitação pode ser de três espécies:
  - a) Expressa.
  - b) Tácita: decorre do comportamento do herdeiro.
  - c) Presumida: decorre do silêncio do herdeiro, dentro de um prazo estabelecido.
- Observação: a transmissão da herança não significa a transmissão de fato do estado de sócio (STJ)
- Transmissibilidade do direito de aceitar (art. 1.809, do CC) – o direito de aceitar é transmissível.

- Direito de representação: regulado a partir do art. 1.851, do CC, e visa a mitigar a regra segundo a qual o sucessor mais próximo exclui o mais remoto. É um instituto típico da sucessão legítima (vide art. 1.851, do CC). Na linha reta ascendente o direito de representação é absoluto. Na linha colateral (art. 1.853, do CC), só em favor de sobrinho se aplica o direito de representação. Filho de sobrinho não tem direito de representação.
- Renúncia da herança: é uma declaração pessoal formal, abdicativa do direito à herança, com efeitos retroativos, que exclui o renunciando como se herdeiro nunca houvesse sido. Por isso, os herdeiros do renunciante não têm direito de representação (art. 1.811, do CC). A renúncia só pode ser expressa (art. 1.806, do CC); é um ato solene. O CC admite que o credor, para não ser prejudicado, pode pedir a suspensão dos efeitos da renúncia.
- Renúncia translativa: tecnicamente não é renúncia. É renunciar em favor de outrem. É aceitação com posterior cessão da herança.
- O renunciante casado precisa de outorga uxória? Alguns autores dizem que não, pois o direito à herança é personalíssimo (Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues). Mas a maioria dos autores diz que a outorga uxória é necessária na renúncia do casado (Caliali, Venosa, C. R. Gonçalves, Eduardo de O. Leite).
- Para ceder a herança o herdeiro precisa dar preferência aos outros? Sim, é preciso que se dê preferência aos demais herdeiros. E pode haver cessão de um bem determinado do espólio? Somente com autorização do juiz e em benefício do inventário (ex. para pagar imposto) – vide art. 1.793, do CC.
- Herança jacente e vacante: segundo Maria Helena Diniz, ocorre a herança jacente quando não houver herdeiro, legítimo ou testamentário notoriamente conhecido ou quando todos os herdeiros repudiarem a herança. Decorrido um ano da publicação do edital e não comparecendo qualquer herdeiro, o juiz declara a herança vacante, dando o primeiro passo para incorporá-la ao patrimônio público (o princípio da *saisine* não se aplica ao Poder Público).
- REsp 36873/SP e 253719/RJ: quando o juiz declara a herança vacante, os bens não poderão mais ser usucapidos.
- Depois de declarada a vacância, somente os ascendentes, descendentes e o cônjuge ainda poderão se habilitar, com exceção do colateral.
- Além da declaração da vacância, é preciso que já tenham transcorrido 5 anos, a contar da data do óbito, para que sejam os bens definitivamente incorporados ao patrimônio público (art. 1.882, do CC).
- Transmissibilidade da obrigação alimentar: o CC/1916 dizia que tal obrigação não era transmissível nos limites das forças da herança. Mas o art. 23, da Lei 6.015, de forma contraditória, dizia que era transmissível e, hoje, o art. 1.700,

do CC/2002 mantém essa posição. Essa transmissibilidade refere-se tanto às prestações vencidas quanto vincendas.

- Exclusão por indignidade: não se confunde com deserdação (art. 1.961, do CC), que é típica da sucessão testamentária, e visa especificamente a excluir herdeiros necessários. A exclusão por indignidade não depende de testamento. É uma sanção civil imposta ao herdeiro indigno que haja cometido atos ofensivos à pessoa, à honra ou à liberdade de testar do *de cuius*. Por ser pena, só cabe nas hipóteses *numerus clausus* do art. 1.814, do CC. Não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, porque pressupõe a propositura de uma ação de exclusão por indignidade manejada pelo herdeiro interessado (art. 1.815, do CC). O MP não tem legitimidade para propor tal ação, pois o interesse é patrimonial. Há o PL 5747/05 e 7418/02, que pretendem dar poderes ao MP para propor a ação de exclusão do indigno.
- Efeitos da exclusão por indignidade: (art. 1.816, do CC). Os herdeiros do excluído herdam por direito de representação, pois a pena não pode passar da pessoa do réu. Os atos anteriores praticados pelo excluído são válidos (art. 1.817, do CC – *teoria do herdeiro aparente*).
- Legitimação para suceder: (vide arts. 1.798 e 1.801, do CC):
  - a) Pessoas existentes ao tempo da abertura da sucessão.
  - b) Pessoa concebida ao tempo da abertura da sucessão.
- O filho concebido por inseminação artificial homóloga anos após a morte do pai (sêmen congelado) não terá direito, a menos que seja concebido no prazo de 2 anos (art. 1.800, do CC) a partir do óbito.

## CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA E VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

- Leitura obrigatória: art. 1.829, do CC.
- De acordo com o art. 1.845, do CC, o cônjuge é hoje herdeiro necessário. Além da meação, concorre na parte da herança dos ascendentes e descendentes.
- O cônjuge *não concorre com os descendentes* se casado em regime de comunhão universal; separação obrigatória; separação judicial e se o falecido não deixou bens particulares (a massa de bens que são pessoais).
- Se o falecido deixa bens particulares, o cônjuge, segundo a maioria da doutrina, só concorrerá com os bens particulares, embora haja quem entenda que ele concorrerá com toda a herança.
- Vide jurisprudência do TJ-RS: AI 70003227533.

- De que maneira é feito o cálculo do direito concorrencial do cônjuge? Art. 1.832, do CC: quota não inferior à 4ª parte da herança (25%). Concorrendo com filiação *híbrida* (casal que tenha filhos comuns e “particulares”), o cônjuge não terá direito a piso mínimo de 25%. A minoria da doutrina entende o contrário.
- O cônjuge concorre com o *ascendente* em qualquer regime de bens. Terá a metade da herança toda vez que concorrer com ascendente acima do 1º grau (ex. avô, bisavô, trisavô, etc.).
- O cônjuge ainda tem direito real de habitação (art. 1.831, do CC), independentemente do regime de bens.
- Restrição ao cônjuge: art. 1.830, do CC.
- O irmão unilateral (filho de um dos pais) herda metade do que ganhar o bilateral, também chamado *germano* (filho de ambos os pais) – art. 1.841, do CC.
- Concorrendo na herança tio e sobrinho, ambos de 3º grau colateral, o sobrinho levará a melhor, por força do art. 1.843, do CC.
- Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007:
  - a) Desjudicialização do divórcio, separação e inventário. Hoje, resolve-se no tabelionato.
  - b) Havendo incapaz, o trâmite continua sendo judicial.
  - c) Havendo capazes e maiores, o inventário e a partilha serão feitos no tabelionato.
  - d) Havendo só um herdeiro, não é correto falar em partilha, mas em *adjudicação*.
  - e) O inventário judicial, hoje, tem prazo de um ano, prorrogável.
  - f) É possível o divórcio por procuração e não há mais a audiência de tentativa de conciliação.
  - g) Competência territorial: é livre.

## PROCESSO CIVIL

### PRINCÍPIOS DO PROCESSO

Nem todo princípio é um direito fundamental, mas todo direito fundamental é um princípio. O direito fundamental tem duas dimensões: direito subjetivo e direito objetivo. Os direitos fundamentais funcionam como limite à liberdade do legislador.

**Devido processo legal:** é uma cláusula geral (norma aberta em seus pressupostos e em suas conseqüências). O conceito determinado é menos do que cláusula geral (nesta há incerteza nos pressupostos e nas conseqüências). Sua origem é de 1215, com a Magna Carta do Rei João Sem Terra. O significado da palavra 'processo', no inciso LIV, da CF, é 'método' (meio) do exercício do Poder. Pode-se falar em devido processo legal privado, ou seja, a cláusula geral aplicada às relações privadas (os direitos fundamentais têm eficácia vertical e eficácia horizontal – esta regula as relações entre particulares). Sobre o assunto, ver no Informativo 405, do STF, o RE 201819 e ler 'Sociedade de Direito Civil'. O art. 57, do CC, é exemplo de garantia do devido processo legal no âmbito privado. Para leitura complementar, ver Daniel Sarmiento (Leituras Complementares). O devido processo legal tem dupla dimensão: formal/processual e material/subjetiva. A dimensão formal é a garantia de que determinadas garantias processuais serão aplicadas (contraditório, ampla defesa, etc.). A dimensão material é o mecanismo de controle do conteúdo das decisões (leis, ato administrativo, decisão judicial) – é a idéia de equilíbrio, de razoabilidade, de respeito aos direitos fundamentais – corolário do princípio da proporcionalidade, surgido na Europa (conceito germânico); é também forma de controlar o conteúdo das decisões. Aqui entre nós é o mesmo princípio da razoabilidade (de origem anglo-saxônica). O princípio da proporcionalidade é a dimensão substantiva do devido processo legal. Como exemplo do princípio da proporcionalidade aplicado no processo, temos a concessão de tutela antecipada, fixação de medidas coercitivas, impenhorabilidade do bem de família (sobre os móveis que guarnecem a residência, deve-se ser razoável para defini-los).

**Princípio da efetividade:** implícito, não há previsão expressa; decorre do devido processo legal (cláusula geral) – é aquele segundo o qual o cidadão tem a efetivação de seus direitos. É o princípio que garante a efetividade de todos os outros (Marinoni, GUILHERME). Na prática, sua importância pode ser aferida quando houver mais de uma possibilidade de interpretação, oportunidade em que o magistrado terá que optar por aquela que premia a efetividade.

**Princípio da adequação:** também implícito, é conseqüência do devido processo legal; atualmente, um dos mais importantes. A doutrina está redescobrando este princípio; trata-se de um processo que esteja de acordo, adequado às particularidades do caso concreto. É a adequação do processo ao direito que se quer efetivar. Deve ser dividido em dois momentos:

- a) adequação legislativa (*a priori*) – o legislador, ao criar as regras processuais, deve criá-las de forma adequada (Ex. o CPC não trazia regras referentes à tutela antecipada).
- b) adequação judicial: (*a posteriori*) – o juiz, no caso concreto, deve adequar as regras processuais às peculiaridades da situação em julgamento (chamado por alguns de adaptabilidade do procedimento). Não há, em nosso Direito, previsão expressa e geral que autorize o magistrado a aplicar a adequação no processo. O que há são regras espalhadas, pulverizadas na legislação. É possível a adequação judicial em qualquer caso, ou somente nos previstos? Marinoni defende que, por ser direito fundamental, cabe ao juiz aplicá-la ao caso concreto, independentemente de autorização expressa na lei.

Critérios para adequar uma regra processual:

- 1) Objetivo: é a adequação feita pelas peculiaridades do direito discutido, para promover a adequação processual (Ex. o direito de alimentos criou procedimento especial, com tutela antecipada, atentando para os aspectos objetivos da obrigação alimentar)
- 2) Subjetivo: quem está litigando trata a pessoa de acordo com a sua condição (Ex. o idoso deve ser tratado de forma diferenciada) – também é exemplo o prazo diferenciado pelo Poder Público. É o respeito às diferenças.
- 3) Teleológico: devem as regras ser adequadas aos fins do processo (Ex. no Juizado Especial as regras devem ser criadas para contribuir com a celeridade, para desburocratizar o procedimento. Esse é o fim que se busca (vide site [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br)).

**Princípio do contraditório**: deve ser estudado em uma dupla dimensão:

- a) Formal: a garantia do direito de ser ouvido antes de uma decisão.
- b) Substancial: é preciso que seja ouvido com condição de poder interferir na decisão, de poder influenciar. É o chamado ‘poder de influência’, na doutrina.

Obs. Liminar é a decisão tomada antes de ouvir o réu – mas a liminar só pode ser concedida havendo perigo, o que permite mitigar o contraditório. Para ser constitucional, a liminar deve ser precária (temporária), para que seja o réu ouvido depois. Além do perigo, a liminar se justifica pela “postecipação” (contrário de antecipação) da decisão.

Obs. O magistrado pode, *ex officio*, aplicar a sanção de litigância de má-fé, sem antes ouvir a parte interessada? Não. Ele pode decidir sem pedido, mas não sem ouvir a parte contrária. O juiz também está adstrito ao contraditório.

Obs. Pode o magistrado decidir em questão que não foi posta em contraditório, *ex officio*? Pode, desde que tal questão seja colocada sob o crivo do contraditório (§ 4º, art. 40, da Lei de Execução Fiscal).

**Princípio da cooperação:** decorre do contraditório (a marca do Processo Civil de nosso tempo). Os sujeitos do processo devem agir no sentido da prolação judicial mais correta possível. O juiz e as partes devem dialogar entre si, cooperar na solução da lide. O juiz passa a ter três novos deveres decorrentes desse princípio:

- a) dever de consulta: consultar as partes sobre questões não suscitadas.
- b) dever de esclarecimento: se o magistrado tem dúvidas, não pode negar o pedido sem antes esclarecer a dúvida.
- c) dever de prevenção: se o magistrado se depara com um defeito processual, ele tem o dever de apontá-lo e dizer o modo de corrigi-lo.

**Princípio da ampla defesa:** também é um princípio que decorre do contraditório. Na verdade, é o conteúdo do contraditório. E este é o instrumento da ampla defesa.

Comentário do Prof. Fredie Didier: a demora do processo é um 'direito fundamental'; foi uma conquista, pois o contraditório e a ampla defesa são morosos (o que não se justifica é a demora irrazoável). Com a EC/45, a duração razoável do processo agora está prevista expressamente na CF, no seu art. 5º, LXXVIII. Duração razoável do processo é conceito indeterminado, que precisa ser analisado caso a caso (a jurisprudência europeia já definiu esse tempo). Mas existem alguns critérios: complexidade da causa; comportamento das partes; estrutura do juízo (número de processos na vara).

Meios para a celeridade processual; na ação popular, o juiz pode ser apenado se não sentenciar no prazo; o art. 198, do CPC, trata da perda da competência para julgar a causa (incompetência *ratione temporis*; correição parcial).

**Princípio da publicidade:** os atos processuais são públicos; forma de controlar o exercício judicial. Exceção: proteção da intimidade e em nome do interesse público (vide art. 93, IX, da CF). O inciso X, do art. 93, da CF, permite a publicidade em sessões administrativas (novidade na CF).

**Princípio da instrumentalidade:** o processo é um instrumento de realização do direito material. É uma relação circular, daí ter surgido a teoria circular dos planos material e processual (não é relação hierárquica). Um serve ao outro, sendo úteis um ao outro. A teoria circular é de Carnelucci.

**Princípio da preclusão:** a preclusão é um instrumento que garante a celeridade processual. O processo tem de marchar para a frente, não pode ser retrocesso. A preclusão é a perda de uma oportunidade processual. São três espécies:

- a) Temporal: perda de um poder processual em razão da perda de um prazo.

- b) Consumativa: perda do poder processual ao exercê-lo, não podendo ser novamente exercido. Consuma-se o poder ao praticar o ato (Ex. contestou, consumou o poder processual, não podendo ser novamente exercitado).
- c) Lógica: perda de um poder em razão da prática de um ato incompatível com ele. (Ex. perda do direito de recorrer quando antes aceita-se a decisão). Está relacionada com a lealdade processual, com o *venire contra factum proprium*.

Preclusão pro iudicato: é a preclusão para o juiz (coisa julgada), chamada preclusão máxima.

Obs. Preclusão é questão de ordem pública: há preclusão em relação à possibilidade de alegar questão de ordem pública e para o reexame das questões de ordem pública? Não há preclusão para questões de ordem pública, podendo durar enquanto pender o processo. O reexame de questões de ordem pública é possível, para 90% da doutrina nacional. Os 10% restantes dizem que pode reexaminar, desde que não houver decidido. Depois de decidido, não poderá mais haver reexame (Barbosa Moreira, Calmon de Passos, Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci e Didier).

**Princípio da proibição do *venire contra factum proprium***: é comportar-se de forma contrária ao próprio ato que antes havia praticado, pois criou na parte contrária uma expectativa (boa-fé objetiva). Também conhecido, em português, como “princípio da proibição do comportamento contraditório”.

## JURISDIÇÃO

Poder do Estado, ao lado dos outros Poderes – poder de decidir os conflitos, definitivamente. Também é uma função, a de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, definitivamente. Quatro funções: certificar direitos (reconhece direitos, declara direitos - processo de conhecimento); efetiva direitos (processo de execução); protege direitos (processo cautelar); integrativa (integra direitos, tornando-os íntegros – processo de jurisdição voluntária). Numa terceira acepção, além de poder e função, a jurisdição é atividade – precisa de um complexo de atos para ser efetivada. É um conjunto de atos, de atividade, que não se realiza instantaneamente.

**Equivalentes jurisdicionais**: são as técnicas para a solução de conflitos não jurisdicionais. São eles:

- a) Autotutela: forma de solução de conflitos em que um dos conflitantes impõe a solução ao outro. A regra é a sua vedação (Ex. guerra, legítima defesa, desforço incontínente na proteção possessória; autoexecutoriedade dos atos administrativos). O controle da autotutela é posterior.
- b) Autocomposição: a solução do conflito é dada por ambos os litigantes (composição). A autocomposição é estimulada como uma das mais eficazes técnicas de solução dos conflitos. Pode se dar de três formas: transação (ambas as

partes seguem um acordo); renúncia e reconhecimento (uma das partes abdica da sua pretensão para a outra; na renúncia, o autor abdica; no reconhecimento, o réu abdica). Pode ocorrer tanto fora quanto dentro do processo (extra ou intra processual).

- c) **Mediação:** era vista como forma de autocomposição. Um terceiro se coloca entre os conflitantes para estimular, facilitar que cheguem a um acordo; é um facilitador do acordo. O mediador não decide nada, apenas facilita, recompõe o diálogo (através de profissional). É o que os americanos chamam de ADR (resolução alternativa dos conflitos).
- d) **Arbitragem:** também é uma espécie de resolução alternativa dos conflitos – ADR. É jurisdição ou equivalente jurisdicional? Aqui um terceiro, escolhido pelas partes, decide. No Brasil, a arbitragem é jurisdição. A decisão é considerada título executivo judicial; não precisa ser homologada – é decisão definitiva. Diante de uma sentença arbitral, o Judiciário pode executá-la, assim como invalidá-la ou anulá-la. Mas o Judiciário não pode rever a decisão (somente anulá-la); a partir da intimação da sentença arbitral, há o prazo de 90 dias para pedir sua anulação; se houver acordo e uma parte se negar a nomear o árbitro, pode-se recorrer ao Judiciário para forçar a nomeação. Somente pessoas capazes e envolvendo direitos disponíveis podem recorrer à arbitragem. Já se fala em arbitragem entre entes públicos. No Brasil, o árbitro é juiz de fato e de direito (mas somente será juiz se alguém o designar como tal – qualquer pessoa capaz pode ser árbitro). São os litigantes que escolhem as regras do processo; é possível, até, que os litigantes escolham o direito a ser aplicado ao caso concreto; admite-se decisão por equidade. É um negócio jurídico, chamado “convenção de arbitragem”, e possui duas espécies: cláusula compromissória (abstrata e preventiva, o contrato traz a previsão de que os conflitos porventura existentes serão resolvidos por árbitros – art. 301, § 4º, CPC; compromisso arbitral (concreto, refere-se a um litígio que já existe).

#### **Características da jurisdição:**

- a) **Substitutividade:** desenvolvida por Chiovenda. O órgão jurisdicional se coloca entre as partes e substitui a vontade delas.
- b) **Imparcialidade:** tem relação com o tratamento igualitário entre os litigantes; ‘paridade de armas’. Há diferença entre imparcialidade e neutralidade. O juiz não consegue ser neutro, simplesmente porque a neutralidade não se aplica a pessoas.
- c) **Aptidão para coisa julgada, para a definitividade:** é a única atividade estatal que torna-se definitiva pela coisa julgada. É atividade exclusiva da jurisdição. É a única função estatal que controla as demais; e as demais não a controla.
- d) **Unidade:** é um poder; é manifestação da soberania. Mas a unidade não impede que ela seja repartida, dividida (competência).

- e) **Lide:** identificada por Carnelutti. Só há jurisdição se houver lide - “conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida”. É característica frágil, pois há jurisdição sem lide. Ex. ADI, ADC, jurisdição voluntária, etc.
- f) **Monopólio do Estado:** também frágil. O Estado exerce a jurisdição, em regra. Mas pode ser autorizado pelo Estado a outros entes. Ex. arbitragem.
- g) **Inércia:** art. 2º, do CPC. Necessidade de provocação. Há, hoje, várias exceções: multa coercitiva *ex officio*; art. 114, VIII, da CF; art. 989, do CPC. É, também, característica frágil, mas aplica-se, em regra.

### Princípios da jurisdição:

- a) **Investidura:** a jurisdição só pode ser exercida por quem tenha sido devidamente investido na função jurisdicional.
- b) **Inevitabilidade:** a jurisdição é inevitável. As decisões devem ser cumpridas; não há como escapar de suas imposições.
- c) **Indelegabilidade:** o exercício da jurisdição não pode ser delegado a nenhum outro órgão. Há algumas ponderações a fazer: nas cartas precatórias não há delegação, há pedido de ajuda a quem detém o poder (art. 93, XIV, da CF; art. 162, § 4º, do CPC; art. 102, ‘m’, da CF – tais exemplos mitigam este princípio).
- d) **Territorialidade:** exerce-se a jurisdição em dado território. A unidade da Justiça Estadual chama-se “comarca” (em algumas há subdivisão em distritos); a Justiça Federal subdivide-se em “seção judiciária” (há, em alguns Estados, a subdivisão em ‘subseção judiciária’). Vide art. 107, CPC (caso de extraterritorialidade da jurisdição); art. 230, CPC (caso de extraterritorialidade da jurisdição); muitas vezes a decisão produz efeitos em lugar diferente do que foi proferida. Ex. decisão de juiz brasileiro pode produzir efeitos em outro país e vice-versa; art. 16, da Lei 7347 (ação civil pública): a sentença proferida numa ação civil pública só produz efeitos ‘no território do órgão prolator’ (comentário de Fredie Didier: “maior excrescência processual brasileira”, pois fere o devido processo legal substancial, portanto inconstitucional (apesar disso, o STJ mantém sua aplicação)).
- e) **Inafastabilidade:** art. 5º, XXXV, da CF. Nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada da apreciação do Poder Judiciário; garante o direito de ação e permite a afirmação, perante o Judiciário, de qualquer direito (Exceção: crimes de responsabilidade do Presidente da República, que são julgados pelo Senado, afastando, assim, do Judiciário, mas não da jurisdição). A tutela preventiva foi constitucionalizada; não há necessidade de esgotar a via administrativa para se recorrer ao Judiciário; a exceção repousa no âmbito da Justiça Desportiva; de igual forma, a lei de *habeas data* exige prévio esgotamento da via administrativa (Súmula 2, do STJ) – posicionamento contrário, vide Súmula 89, do STJ (incoerência).

- f) **Juiz Natural:** art. 5º, XXXVII e LIII, da CF – é aquele cuja violação é difícil de ser identificada. Não se admite juízo com competência *ad hoc*; o juízo deve ser constituído previamente, anteriormente ao fato; juiz natural é o juiz competente; o princípio do juiz natural traz em si a garantia da indisponibilidade da competência; a distribuição, por sorteio, de processos, é forma de preservar o juiz natural; é princípio que se aplica também, no âmbito administrativo; também é garantido o princípio do Promotor Natural.

### **Jurisdição voluntária.**

#### **Posições pacíficas:**

- a) É atividade de integração e fiscalização.
- b) É necessária (em regra).
- c) É basicamente constitutiva (gera situações jurídicas novas) – a sentença é apelável; necessita-se de advogado e paga-se custas e aplica-se todos os princípios processuais, inclusive o contraditório (art. 1.105, do CPC).
- d) Divide-se em procedimento comum e especial, de jurisdição voluntária.
- e) Inquisitorialidade – muitos desses procedimentos podem iniciar *ex officio*.
- f) O juiz pode decidir por equidade (art. 1.109, do CPC) – é o que a doutrina chama de “sentença determinativa” (há discricionariedade judicial).
- g) O Ministério Público intervirá em jurisdição voluntária se esta veicular direito indisponível (deve seguir as regras do art. 82, do CPC).

#### **Posições polêmicas:**

- a) Para uma corrente, a jurisdição voluntária seria “administração pública de interesses privados” (corrente administrativista).
- b) Para outra corrente, a jurisdição voluntária seria Jurisdição.
- c) Para a primeira corrente, jurisdição voluntária não é jurisdição porque não há lide; se não há lide, não há ação; portanto, não há processo; não há partes, mas interessados; não há coisa julgada, mas preclusão.
- d) Para a segunda corrente lide não é característica da jurisdição voluntária; mas mesmo assim, há lide; só não precisa ser afirmada na petição inicial; a lide se confirma na leitura dos artigos 1.105 e 1.106, do CPC (os interessados são citados para, se quiserem, responder); portanto, havendo jurisdição, há ação; se há ação, há processo (todo processo é um procedimento, mas nem todo procedimento é processo); havendo processo, há partes; há coisa julgada.

Obs. Contudo, a corrente administrativista é a que prevalece, apesar da evidência de que a segunda corrente seja mais lógica.

## COMPETÊNCIA

Competência é uma parcela, uma fração de Poder. As regras de competência são regras indisponíveis, não podendo ser alteradas pelo juiz, somente pelo legislador.

**Distribuição da competência:** a CF/88 cria as Justiças Militar, Trabalhista, Eleitoral, Federal e dos Estados. A competência da Justiça Estadual é residual. Para Ada e Calmon, a incompetência inconstitucional do juiz implica inexistência jurídica do ato (não é majoritária). Para a maioria, a decisão de juiz incompetente é nula, mas existe. O princípio “kompetenz kompetenz” (competência da competência), diz que o juiz tem a competência para se dizer incompetente. A distribuição da competência também é feita pelas leis federais, estaduais, constituições Estaduais, regimentos internos dos tribunais, etc., de forma abstrata, em tese.

**Fixação da competência ou determinação da competência – art. 87, do CPC:** quando a ação é proposta (c/c art. 263, CPC) – a propositura da ação considera-se na data da distribuição ou na data do despacho inicial. Depois de distribuída a causa, ela permanece onde foi distribuída (regra da estabilidade – perpetuação da jurisdição – 2ª parte do art. 87, CPC). Exceção à perpetuação da jurisdição: supressão do órgão judiciário e alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia (3ª parte do art. 87, do CPC). Se o fato superveniente alterar a competência absoluta, também quebra a perpetuação.

### Classificação da competência

- a) **Interna e internacional:** a internacional acontece entre países (alguns chamam de conflito de jurisdição). A interna acontece dentro do país.
- b) **Originária e derivada:** a originária é a competência para receber e primeiro decidir. A derivada ou recursal é a competência para julgar a causa posteriormente; julga o recurso. Em regra, a originária é do juiz e a derivada é a do tribunal (exceção: a rescisória é julgada originariamente no tribunal; embargos de declaração são julgados pelo próprio juiz; na execução fiscal até 50 ORTN's o recurso é julgado pelo próprio juiz, chamado 'embargos infringentes de alçada'.
- c) **Absoluta:** regra criada para atender o interesse público; pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz; qualquer das partes pode alegá-la; pode conhecer a qualquer tempo, enquanto o processo estiver pendente; dá margem ao ajuizamento de ação rescisória; pode ser alegada por qualquer forma.
- d) **Relativa:** criada para atender interesse da parte; o juiz não pode conhecê-la *ex officio* (Súmula 33, STJ); só o réu pode alegá-la, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão; não sendo argüida, gera a prorrogação da competência; só pode ser alegada por 'exceção de incompe-

tência relativa' (petição escrita, autuada separadamente). Existem julgados do STJ que admitem a alegação de incompetência relativa sem o uso da exceção, sob o seguinte fundamento: não há prejuízo (feita no bojo da contestação). O reconhecimento das competências relativa e absoluta gera remessa dos autos ao juiz competente. Ou seja, a incompetência não gera a extinção do processo. Além disso, a incompetência absoluta gera a nulidade dos atos decisórios, ao contrário da relativa. Três situações em que a incompetência gera extinção: nos juizados especiais; no STF; na incompetência internacional. A regra de competência absoluta não pode ser alterada pela vontade das partes nem por conexão ou continência. As regras de competência relativa podem ser modificadas por conexão ou continência e pela vontade das partes.

#### Modificação voluntária das regras de competência relativa. Espécies:

Tácita: a não oposição da exceção de incompetência;

Expressa: foro de eleição ou foro contratual. As causas que ficam abrangidas pelo foro de eleição são: as relativas ao adimplemento e as relativas à interpretação do contrato. Se a parte não cumpre o estipulado no contrato, o juiz não pode modificá-lo *ex officio*.

Obs. Sendo o contrato de adesão e de consumo (CDC), reconhecidamente abusivo, no que diz respeito ao foro de eleição, pode o juiz declinar de sua competência, de ofício, segundo entendimento do STJ, como forma de proteger o consumidor, pois o CDC traz normas de ordem pública. A Lei 11280, que modificou o parágrafo único do art. 112, do CPC, consagrou entendimento do STJ, ampliando-o para todos os tipos de contrato de adesão que tiverem cláusulas abusivas em relação ao foro de eleição.

Obs. Novidade do CPC, art. 114: prorroga-se a competência se o juiz não declinar de ofício até a citação do réu.

#### **Critério de distribuição da competência**

- Objetivo: leva tal nome porque é definido de acordo com os elementos da ação (causa de pedir, partes e pedido).
  - a) Em razão da matéria: determinada de acordo com a natureza da relação jurídica discutida.
  - b) Em razão da pessoa: a presença de determinados litigantes define a competência (Súmula 206, do STJ).
  - c) Em razão do valor: o valor define a competência.
- Funcional: diversas funções devem ser exercidas ao longo da marcha processual. É a distribuição dessas funções entre órgãos jurisdicionais. É competência absoluta. Competência funcional é a *originária* e a *derivada*; o *tribunal do júri*; a competência funcional pode ser analisada em perspectiva horizontal e vertical. Vertical, entre instâncias (hierarquia); horizontal,

dentro da mesma instância (caso do júri); outro exemplo é a reconvenção, que é julgada pelo mesmo juiz.

- **Territorial:** identifica o foro onde a causa será processada. Foro estadual (comarca, podendo se subdividir em distritos); foro federal (seções judiciárias, podendo se subdividir em subseções). A competência territorial é, em regra, relativa. Existem hipóteses de competência territorial absoluta (art. 2º, da Lei 7.347/85 – o foro do local é absoluto; art. 209, do ECA; art. 80, da Lei 10.741 – Estatuto do Idoso; art. 101, I, do CDC).
- **Observação:** se o dano é nacional, qualquer capital e Brasília são competentes para julgar a ação civil pública. A regra geral, sobre competência territorial, é a do art. 94, do CPC – domicílio do réu (vale para todas as ações pessoais e reais mobiliárias).
- **Observação 2:** para as ações reais imobiliárias, a regra é a do art. 95, do CPC – foro da situação da coisa; foro do domicílio do réu ou de eleição, por opção das partes, com exceção dos litígios que recaiam sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão, demarcação de terras e nunciação de obra nova – nesses casos, será sempre do local da situação da coisa = competência absoluta.

**Modificação da competência (ou prorrogação da competência)** – admite-se a modificação de regras de competência relativa. Duas espécies:

- **Voluntária:** vontade das partes. Forma tácita (não oposição da exceção de incompetência); expressa (foro de eleição).
- **Legais:** conexão (art. 103, do CPC); continência (art. 104, do CPC).
- **Observação:** a palavra litispendência, além de ser pendência de causas legais, é o fluir da existência do processo. A vida do processo; o tempo de duração do processo.
- **Conexão e competência:** são vínculos de semelhança entre causas pendentes. As causas que estiverem tramitando em juízos diversos, deverão ser reunidas num mesmo juízo, para processamento simultâneo. Observância do princípio da economia processual, harmonização dos julgados.
- A reunião dos processos é o efeito jurídico do fato conexão e continência.
- É possível que haja conexão, mas não haja reunião de processos, como no caso de duas causas sobre as quais incidem competência absoluta (ex. uma causa no tribunal e outra na primeira instância – competência funcional distinta e absoluta; uma causa no juízo cível e outra no criminal; causas que tramitam sob procedimentos diversos; Súmula 235, do STJ: *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*. Neste

caso, pede-se a suspensão das causas, ou seja, aquela que se prejudica pela decisão da outra.

- A conexão pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, podendo qualquer das partes alegá-la (pedido feito, normalmente, já na petição inicial). O réu deve alegar, em regra, a conexão como preliminar de contestação.
- Observação: Alfredo Buzaid foi o mentor intelectual do CPC. Sua opinião sobre conexão está no art. 103.
- Críticas:
  - a) Toda continência é uma conexão, pois toda continência tem causa de pedir igual. Ou seja, a continência está contida na conexão (paradoxo).
  - b) O conceito do art. 103 é *exemplificativo*; não exaure as hipóteses de conexão; é um conceito mínimo.
  - c) Sabe-se se há, ou não, conexão, valendo-se do critério material. Ex. duas causas, A e B, tendo a mesma relação jurídica, haverá conexão, como no despejo e na consignação do pagamento de aluguéis – são pedidos diversos, mas a relação jurídica (relação taxativa), é a mesma. Ex. se as relações forem diversas, mas vinculadas entre si, como na investigação de paternidade e alimentos (uma causa depende da solução da outra).
  - d) Há possibilidade de reunião entre ações de conhecimento e execução? Sim, como no exemplo de uma ação em que se executa um contrato e outra, de conhecimento, que se pede a sua anulação. Essas causas serão reunidas no *juízo preventivo* (critério de escolha do juízo onde as causas serão reunidas – não é causa de modificação da competência). São critérios de prevenção: causas individuais (art. 106 e 219, do CPC – despacho e citação); causas coletivas (art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85 – LACP – propositura da ação).

### **Conflito de competência**

- Situação em que dois ou mais juízos discutem em torno da competência para julgar determinada causa. Pode ser positivo ou negativo; para julgar uma causa ou mais de uma causa. Pode ser suscitado pelas partes, pelo MP ou pelos juízos. Incidente de intervenção obrigatória do MP (art. 117; o conflito não pode ser suscitado simultaneamente, mas sucessivamente).
- Súmula 22, do STJ: entende que não há conflito entre órgãos que tenham hierarquia diversa. Um juiz pode conflitar com o tribunal de outro Estado, mas não do seu.

- Vide Súmula 59, do STJ = havendo sentença com trânsito em julgado, não há conflito.
- Competência para julgar conflito de competência: só o TJ julga conflito de competência; são três níveis do tribunal (STF, STJ, TJ e TRF); do STF, quando houver no conflito um tribunal superior; do TJ e do TRF quando houver, no conflito, juízes vinculados a um desses tribunais; outros conflitos são de competência do STJ (residual).
- Distribuição dos Tribunais Regionais Federais pelo país:
  - a) 1ª Região: sede em Brasília (abrange Brasília, toda região Norte, Bahia, Maranhão, Piauí, Goiás, Mato Grosso e Minas Gerais).
  - b) 2ª Região: sede no Rio de Janeiro (abrange o Rio de Janeiro e o Espírito Santo).
  - c) 3ª Região: sede em São Paulo (abrange São Paulo e Mato Grosso do Sul).
  - d) 4ª Região: sede em Porto Alegre (abrange toda a região Sul).
  - e) 5ª Região: sede em Recife (abrange os Estados de Pernambuco, Sergipe, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e Ceará).
- Observação: vide art. 120, do CPC.
- **Competência da justiça federal:**
  - a) Está prevista na CF, nos artigos 109 e 108.
  - b) Trata-se de competência taxativa (o artigo 109 trata dos juízes federais; o 108 trata do TRF – há uma inversão hierárquica dos dispositivos).
  - c) A competência dos juízes federais se dá em razão da pessoa, da matéria e funcional. Do TRF a competência é originária e derivada.
  - d) Em razão da pessoa: I, II, VII, do art. 109, da CF.
  - e) Em razão da matéria: II, V-A, X, XI, do art. 109, da CF.
  - f) Em razão da função: X, do art. 109, da CF.
  - g) O juiz estadual pode processar causa de competência federal onde não houver seção judiciária federal = é o juiz estadual investido de jurisdição federal. São necessários três requisitos: que na localidade não haja sede da justiça federal; o recurso dessas causas vão para o TRF;

autorização legal expressa permitindo que a causa tramite na justiça estadual (§ 3º do art. 109 da CF).

- Causas previdenciárias:
  - a) Vide Súmula 216, do TRF (segundo Fredie Didier, essa Súmula é uma aberração jurídica, por permitir o mandado de segurança apenas na justiça federal, quando se tratar de causas previdenciárias).
  - b) Vide Súmula 689, do STF.
  - c) Vide julgado 37.717/SP = STJ.
- Podem tramitar na justiça federal, com recurso para o TRF:
  - a) Usucapião especial rural (Súmula 11, do STJ).
  - b) Execução fiscal.
  - c) Justificação.
  - d) Art. 1.213, do CPC.

Observação: a ação civil pública, mesmo quando a União figure no processo, pode ser proposta na justiça estadual, quando não houver vara federal (Súmula 183, do STJ). Contudo, o STF entendeu por cancelar a referida Súmula. Agora, a ação civil pública só pode tramitar na justiça federal quando a União figurar no pólo.

- Algumas observações importantes:
  - a) A competência para julgar sociedade de economia mista federal é da justiça estadual.
  - b) Entidade autárquica é gênero que engloba as seguintes espécies: autarquias, fundações autárquicas, agências reguladoras federais, conselhos de fiscalização profissional (ADI 1717).
  - c) A presença do MPF, por si só, não torna a causa de competência da justiça federal.
  - d) Súmulas do STJ que tratam da intervenção da União na causa: 150, 224 e 254.
  - e) Vide Súmula 244, do TFR.
  - f) Causas trabalhistas são julgadas pela justiça do trabalho.

- g) Os estatutários, mesmo quando se discute sobre questão trabalhista, são julgados pela justiça comum estadual.
  - h) Acidente de trabalho, cuja pretensão tem cunho indenizatório (contra empregador) é de competência da justiça do trabalho; quando a pretensão tiver cunho previdenciário (contra o INSS), a competência é da justiça estadual.
  - i) A ação previdenciária trabalhista será *sempre* da justiça estadual, mesmo onde exista vara federal.
  - j) A ação de *revisão* da ação previdenciária acidentária é de competência da justiça federal. O STF entende que, se para conceder o benefício a competência é da justiça estadual, também é dela a competência para revisar.
  - k) A ação acidentária por acidente de qualquer natureza, *que não trabalhista*, é de competência da justiça federal.
  - l) Nem toda causa da justiça federal envolve um ente federal (inciso II do art. 109 da CF).
  - m) As causas trabalhistas, envolvendo as pessoas do inciso II do art. 109, da CF, são de competência da justiça do trabalho.
  - n) O recurso, nessas causas do inciso II do art. 109, da CF, é dirigido ao STJ e não ao TRF. É o chamado *recurso ordinário constitucional*.
  - o) O Estado soberano está imune à jurisdição de outro Estado soberano (princípio da imunidade). Tal princípio restringe-se à discussão de atos de soberania. O inciso II do art. 109 da CF é um exemplo de mitigação desse princípio.
- Competência em razão da pessoa – inciso VIII do art. 109 da CF – competência para julgar mandado de segurança:
    - a) Autoridade federal pode fazer parte dos quadros federais (delegado da receita, superintendente, etc.) – esses casos são de competência da justiça federal. Mas existem entes privados que são julgados na justiça federal, quando exercem função federal delegada (ex. dirigente de instituição privada de ensino superior).
    - b) Vide Súmula 15, do TRF.
    - c) Vide Súmula 60, do TRF.
  - Competência em razão da matéria – inciso III do art. 109 da CF:

- a) Dois particulares podem demandar na justiça federal, basta que se ajustem às exigências do inciso III do art. 109.
  - b) Para a jurisprudência, só se aplicam os casos do inciso III às matérias tratadas, *exclusivamente*, em tratados (ex. ação de responsabilidade civil decorrente de vazamento de óleo em navio petroleiro; a justiça federal também é competente para julgar ação de alimento que envolve pessoas de países diferentes, por conta de previsão em tratado).
  - c) As causas que envolvem transportes aéreos, por serem previstas em tratado (Varsóvia), deveriam ser de competência da justiça federal, *mas não são*, em razão da Súmula 21, do TFR.
- Competência prevista no inciso V-A do art. 109 da CF: competência não originária da justiça federal. É uma modificação de competência *sui generis*. O IDC (Incidente de Deslocamento de Competência) n. 1 foi julgado no STJ, envolvendo a freira estrangeira Doroty Stang, no Pará. Há um pressuposto implícito decorrente do princípio federativo; é preciso demonstrar a ineficiência da justiça estadual para deslocar a causa para a justiça federal. Nesses casos, é preciso ouvir as autoridades estaduais, por respeito ao contraditório.
  - Parte final do inciso X do art. 109 da CF: são causas de jurisdição voluntária no âmbito da justiça federal.
  - Inciso XI do art. 109 da CF: é em razão da matéria, pois envolve direitos dos índios, enquanto grupo e não como pessoa individual. Vide Súmula 140, do STJ.
  - Competência em razão da função – inciso X do art. 109 da CF:
    - a) Cumprir carta rogatória e *executar* sentença estrangeira é de competência do juiz federal.
    - b) O art. 484, do CPC, fala em *carta de sentença*, mas essa figura não existe mais (os artigos 589 e 590, do CPC, foram revogados). O § 3º do art. 475-O, do CPC, permite que o próprio interessado retire cópias da sentença e a leve ao juiz.
  - **Competência do TRF – art. 108, da CF:**
    - a) A competência do TRF é sempre funcional. A do inciso I do art. 108 é originária.
    - b) Letra ‘e’ do inciso I do art. 108 da CF: Súmula 03 do STJ – é do TRF a competência para dirimir conflito entre juízes federais e juízes estaduais investidos de jurisdição federal.

- c) Letra 'b' do inciso I do art. 108 da CF: onde se lê *juízes federais* leia-se, também, *juízes estaduais investidos de jurisdição federal*. Todo tribunal, seja ele qual for, julga a ação rescisória de seus julgados, *sem exceção*.
- d) Letra 'c' do inciso I do art. 108 da CF: leia-se também *juízes estaduais investidos de jurisdição federal*. Todo tribunal tem competência para julgar mandado de segurança contra seus próprios atos, *sem exceção*.
- e) Inciso II do art. 108 da CF: o TRF não pode julgar recurso de decisão de juiz estadual, a menos que esse esteja investido da jurisdição federal (vide Súmula 518, do STF).

## Teoria da Ação

- Conceito: a palavra *ação* tem, em processo, diversas acepções:
  - a) Ação em sentido constitucional: é o chamado direito de ação, de provocar a jurisdição, o acesso à Justiça; decorre da *garantia da inafastabilidade*. É um direito público, abstrato, autônomo e incondicionado.
  - b) Ação em sentido material: confunde-se com a própria idéia de direito subjetivo; tem acepção equivalente ao próprio direito discutido (art. 195, do CC).
  - c) Ação em sentido processual: também conhecido como *demand*, é o exercício do direito de ir a juízo. É ação sempre concreta, condicionada. Não existe instituto processual que não se relacione com a *demand*. *Res in iudicium deducta* (coisa deduzida em juízo) e relação jurídica deduzida em juízo (relação afirmada pelo demandante). Essa relação tem três elementos: sujeito, objeto e fato. Elementos da ação: partes (sujeito), pedido (objeto) e causa de pedir (fato). Condições da ação: legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual.
- Fato jurídico: fato da vida que sofre a incidência de uma hipótese normativa, transformando-se em fato apto a formar uma relação jurídica.
- A causa de pedir: fato jurídico + relação jurídica – é a afirmação do fato jurídico e da consequência jurídica extraída desse fato (ex. morte de ascendente – fato; direito à herança – relação jurídica). Causa de pedir remota + causa de pedir próxima = causa de pedir (remota = fato; próxima = relação jurídica, o direito afirmado).
- Nelson Nery, *e só ele*, inverte a causa de pedir. Ele diz que a causa de pedir remota é o direito afirmado e a causa de pedir próxima é o fato jurídico. Contudo, não tem fundamento lógico.

- **Observação:** tudo o que até aqui se disse diz respeito à *substanciação da causa de pedir* (art. 282, III, do CPC). Também existe a *teoria da individualização da causa de pedir*, não adotada pelo nosso Código; afirma que a causa de pedir se perfaz apenas com a afirmação do direito que se alega ter, dispensando o fato jurídico. (ex. ação reivindicatória na teoria da individualização: causa de pedir = sou proprietário; na teoria da substanciação: causa de pedir = sou proprietário porque comprei, herdei, usucapi - são fatos).
- Distinção entre causa de pedir ativa e passiva (causa de pedir remota): esta distinção é uma subdivisão da causa de pedir remota (o fato jurídico). Causa de pedir ativa é o fato que gera o direito. A passiva é a que impulsiona o interesse de agir. Ex. o contrato (causa de pedir ativa); o inadimplemento (causa de pedir passiva).
- Partes:
  - a) É quem está no processo, agindo com parcialidade. É o sujeito parcial do contraditório. O juiz está no processo, mas não é parte processual, pois deve ser imparcial.
  - b) Demandante e demandado são as partes principais; o assistente é parte auxiliar.
  - c) Parte do procedimento principal e parte do incidente. Ex. autor e réu; perito, juiz.
  - d) A parte ilegítima, embora irregular, é considerada parte; indevida, mas parte.
- O pedido é o terceiro elemento da ação, mas será estudado dentro da *petição inicial*.

### **Classificação das demandas (ações)**

- Pessoal: quando veicula um direito pessoal.
- Real: quando veicula um direito real.
- Imobiliárias: quando o objeto do pedido é um imóvel.
- Mobiliárias: quando o objeto do pedido é um móvel (nem toda ação imobiliária é real e vice-versa).
- Reipersecutória: é ação cujo objetivo é a entrega de uma coisa.

- **Necessárias:** as que exigem o ingresso no Judiciário para obtenção do bem da vida necessário. Ex. anulação de contrato, interdição, etc. São *sempre* constitutivas. O interesse de agir é presumido.
- **Dúplice:** em sentido processual - em sentido processual: sempre que o réu puder formular contra o autor um pedido em sua defesa. Ex. ações possessórias. Neste sentido, é sinônimo de pedido contraposto. Em sentido material: depende do direito discutido em juízo; é a relação material deduzida. A simples defesa do réu já lhe serve como afirmação de um direito próprio. Ex. ação de oferta de alimentos. Neste tipo de ação, a sentença interessa a ambas as partes. Quando a ação não é dúplice material, a vitória do réu é apenas não sair derrotado. Quando é dúplice material, a vitória do réu agrega a ele algo que não tinha. A sua defesa é suficiente para lhe garantir a vitória. Toda ação meramente declaratória é ação dúplice em sentido material.
- **Ação de conhecimento:** para *certificar*, reconhecer direitos.
- **Ação de execução:** para *efetivar* direitos.
- **Ação cautelar:** para *assegurar* direitos.
- **Observação:** hoje, essa classificação está superada. Surge a idéia das chamadas ações *sincréticas*, que reúnem todas as modalidades da ação; o processo passa a ser multifuncional, um processo único, reunindo a certificação, a efetivação e assegura direitos.

### **Classificação das ações de conhecimento**

- Classificação *quinária* das ações de conhecimento, segundo Pontes de Miranda:
  - a) Condenatórias.
  - b) Declaratórias.
  - c) Constitutivas.
  - d) Executivas.
  - e) Mandamentais.
- Numa classificação *ternária*, as mandamentais e executivas são colocadas dentro das condenatórias.
- A execução de título judicial, hoje, não precisa mais de outro processo. Ocorrerá no mesmo processo em que foi proferida a sentença. É a execu-

ção *sine intervalo* (sem intervalo), ao contrário da *ex intervalo*, que era feita em outro processo.

- Há sentenças que ainda dependem de um processo de execução para serem efetivadas: sentença contra a Fazenda Pública; sentença arbitral; sentença estrangeira e sentença penal condenatória.
- A execução de título extrajudicial é sempre através de um processo de execução (vide novas regras trazidas pela Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que alterou, nessa parte, o CPC).
- Ação de prestação: é a ação de conhecimento, que veicula a afirmação de uma prestação (fazer, não fazer, dar). Eram divididas em três espécies: condenatórias, mandamentais e as executivas *lato sensu*.
- Até o ano de 1994 as ações de prestação eram, quase todas, condenatórias.
- A partir de 1994, as ações de fazer e não fazer passaram a ser *sincréticas*, ou seja, sua execução passou a ser feita como fase executiva, no mesmo processo.
- No ano de 2002 o CPC foi reformado, para dizer que as ações de entrega de coisa (de dar) também passariam a ser *sincréticas*.
- Em 2005 o legislador termina o que começou em 1994, acabando com a execução *ex intervalo*, passando a ser *sine intervalo*, transformando todas as ações de prestação (ressalvadas as quatro exceções anteriormente citadas) em *sincréticas*, executadas no mesmo processo (no dizer de Didier, *uma bomba atômica caiu no processo civil, mudando uma concepção de anos* – é uma revolução, mudando uma construção secular do direito processual civil). Todas as ações de prestação passarão a ser condenatórias; de espécie passou a ser gênero.
- Os artigos 466-A, 466-B e 466-C são os mesmos antigos 641, 639 e 640, do CPC, respectivamente. O legislador apenas recuou os dispositivos, na ordem inversa (mudança horizontal negativa, e vertical, pois mudou a ordem anterior).
- Ações constitutivas: são aquelas que veiculam a relação de um direito potestativo (cria, extingue ou altera situações jurídicas). No direito potestativo não tem pretensão, prestação ou inadimplemento. Sentença constitutiva não gera execução; não há o que executar. Ex. direito de anular, de rescindir, de resolver, de interditar, de dividir, de extinguir um condomínio, de divorciar, de separar, de emancipar, de alteração de nome, de falência.
- Costuma-se dizer que a ação de nulidade é declaratória; a de anulabilidade, constitutiva (civilistas). Porém, o prof. Fredie Didier diz que toda ação

de invalidade é desconstitutiva. Para quase todos os constitucionalistas, a ADI é declaratória; para outros, é desconstitutiva (concepção minoritária). A investigação de paternidade, em que pese a polêmica, tem sido considerada declaratória. A falência é, teoricamente, parecida com a ação de interdição. Muitos comercialistas dizem ser ela declaratória. Os processualistas, de modo geral, entendem ser ela desconstitutiva (é plenamente possível uma ação constitutiva com efeitos retroativos – ex. ação de anulação – artigos 182 e 478, do CC).

- Ações meramente declaratórias: ações cujo objetivo é reconhecer a existência ou a inexistência de uma determinada situação jurídica. Busca-se a certeza da situação; uma certificação. É ação imprescritível. Costuma-se dizer que não cabe ação declaratória de mero fato, mas apenas de situações jurídicas. Mas existe uma exceção, ou seja, a ação declaratória de fato (declaratória de autenticidade ou falsidade de documento). O Poder Judiciário não é órgão de consulta, com exceção da Justiça Eleitoral. Exemplos de ação declaratória: usucapião; consignação em pagamento; ADC; desapropriação, liquidação.
- Vide art. 4º, parágrafo único, do CPC: artigo polêmico, por ser uma ação declaratória que enseja uma execução posterior. É ação meramente declaratória com força executiva; toda sentença meramente declaratória que reconhece a existência de um direito a uma prestação tem força executiva.

### Condição da ação

- Teorias:
  - a) Concretista: (Chiovenda) – para essa teoria, só tem direito de ação o vencedor. Quem entrar e perder jamais teve ação. Julgada improcedente a ação, o sujeito não tinha o direito de ter ido a juízo. Neste caso, as condições da ação seriam as condições para a vitória; são questões de mérito. De acordo com essa concepção, não há como distinguir carência de ação com improcedência da ação (é posicionamento superado, ultrapassado).
  - b) Abstrativista: para essa concepção, o sujeito sempre tem o direito de ação, perdendo ou ganhando. Aqui não se fala em condição da ação, mas em pressupostos para a vitória.
  - c) Eclética (Liebman) – o direito de ação é abstrato; o sujeito tem, ganhando ou perdendo, mas desde que o mérito tenha sido examinado. Aqui, o direito de ação é o direito ao exame de mérito. Para Liebman, as condições da ação são questões a serem examinadas antes do mérito. Há distinção entre a carência da ação e a improcedência da ação; a carência de ação não é uma decisão de mérito, ao contrário da improcedência. Nosso Código adotou tal teoria. A verificação do preenchimento das condições da ação, diz Liebman, pode se dar em qualquer tempo e em qualquer grau

de jurisdição. Porém, existe uma teoria que mitiga o pensamento de Liebman: *teoria da asserção*, que diz que a verificação do preenchimento das condições da ação se dá apenas de acordo com o que é afirmado pelo autor. Se da leitura da petição, tomando-a como verdade, verificar-se que as condições da ação estão presentes, não mais se discute isso, sendo as outras questões de mérito (hoje, a teoria da asserção é majoritária; verifica-se as condições da ação da leitura da petição inicial, levando-se em conta que o que se diz ali é verdade).

- d) Possibilidade jurídica do pedido: o pedido formulado, em tese, é possível de ser acolhido, desde que não esteja proibido pelo sistema. Dinamarco criou a figura da possibilidade jurídica da demanda – todos os seus elementos devem ser possíveis, não só do pedido. Ex. a cobrança de dívida de jogo; a cobrança de dívida é possível, mas a causa de pedir (o jogo), não.
- e) Interesse de agir: para que a demanda seja admitida, cabe ao demandante comprovar que a causa pode lhe ser útil. Verificado que o processo não vai dar em nada, perde-se o objeto. É preciso, também, que o demandante demonstre que essa utilidade somente pode ser alcançada no Judiciário; é preciso demonstrar que a ação é necessária. Se o bem da vida somente pode ser alcançado pelo Judiciário, a necessidade é presumida. Há uma corrente doutrinária que identifica uma terceira dimensão, além da utilidade e da necessidade: a adequação do procedimento escolhido e o provimento requerido (corrente esdrúxula, já que se pode corrigir, através de emenda da inicial; é apenas um erro processual sociável – art. 295, V, do CPC – não seria falta de interesse de agir, mas é defendido inclusive por Dinamarco).
- f) Legitimidade *ad causam*: é uma condição que se examina nas partes. É o poder conferido a alguém para atuar no contraditório, discutindo determinada situação jurídica litigiosa específica. É atributo jurídico, é poder jurídico atribuído a alguém; diz respeito tanto ao pólo ativo quanto ao passivo. Esse poder se afere à luz da relação jurídica discutida em juízo. É um estudo feito a partir daquilo que se efetivamente se discute na causa examinada em concreto.
- Legitimação exclusiva: as que normalmente acontecem nas causas individuais.
  - Legitimação concorrente: atribui-se a legitimação a mais de um sujeito; chamada *disjuntiva* ou *co-legitimação*.
  - Legitimação ordinária: o legitimado é o titular do direito afirmado em juízo; alguém está autorizado a defender, em nome próprio, o seu próprio interesse. Há uma coincidência entre o legitimado e o sujeito da relação discutida em juízo. Não havendo tal coincidência, estaremos diante da legitimação extraordinária.

- Legitimação extraordinária: autoriza-se que alguém, em nome próprio, defenda interesse alheio. Pode acontecer – e isso não é raro – de alguém estar autorizado a discutir um direito que não é só seu. Ex. credor solidário. Alguns doutrinadores distinguem legitimação extraordinária e substituição processual. Esses entendem que a substituição processual seria uma espécie de legitimação processual (não prevalece tal distinção); não é possível substituição processual por consenso, só por autorização legal.
- Distinção entre substituição processual e sucessão processual: a primeira é sinônima de legitimação extraordinária; a segunda é a troca de sujeitos no processo. Ex. herdeiros que sucedem o falecido.
- Substituição processual e representação processual: nesta, o representante age em nome alheio, defendendo interesse alheio. Ex. mãe ou pai que representa o filho em ação de alimentos.
- O legitimado extraordinário é parte no processo, mas não é parte da relação discutida em juízo.
- A falta de legitimação extraordinária gera extinção do processo sem exame de mérito.
- Extensão da coisa julgada ao substituído. A maior parte da doutrina entende que a coisa julgada vincula o substituído, salvo se houver previsão expressa em sentido contrário. Nas causas coletivas, a coisa julgada não atinge o substituído para prejudicá-lo.
- Considerações gerais para a legitimação coletiva:
  - a) Natureza da legitimação coletiva. Três correntes: é extraordinária (corrente que prevalece); é uma legitimação autônoma para a condução do processo (corrente de Nelson Nery); é ordinária (corrente de Ada Pellegrini Grinover).
  - b) Controle judicial da legitimação coletiva: feita pelo juiz, no caso concreto. Visa identificar o representante adequado; é o controle da adequação da representação. É um controle tanto *ope legis* (obra da lei) quanto *ope iudicis* (obra do juiz).
  - c) Legitimação coletiva passiva: é possível propor uma ação contra uma coletividade? Sim, é possível, inclusive vem acontecendo com frequência. É a *ação coletiva passiva*.

### **Pressupostos processuais**

- Classificação:

- a) Pressupostos de existência: subjetivo (juiz = investidura; parte = capacidade); objetivo (ato inicial).
  - b) Pressupostos de validade: subjetivo (juiz = competência, imparcialidade; parte = capacidade processual e postulatória); objetivo (intrínsecos e extrínsecos).
- Pressupostos de existência: para que o processo passe a existir, é preciso a reunião dos pressupostos de existência. Depois de existir, deve-se analisar os pressupostos de validade, eficácia (ou requisitos de validade). A eles se aplicam as invalidades processuais, com a diferença de que os sistemas de invalidades processuais foram criados para cada ato do processo. Aqui, analisa-se o processo como um todo – é o que a doutrina chama de *instrumentalismo ou instrumentalidade substancial*.
  - Só há processo se houver órgão investido de jurisdição.
  - Para que o processo exista, é preciso que o autor tenha capacidade de ser parte, ou seja, a aptidão de ser sujeito de uma situação jurídica processual. Não é preciso ser pessoa física ou jurídica para ser parte: pode ser órgão, condomínio, massa falida, consórcio, nascituro, etc. Quem não tem capacidade são os mortos, os animais irracionais, as coletividades desorganizadas (ex. os tocantinenses; os estudantes, etc.).
  - Pressuposto objetivo de existência: é o ato inicial, a demanda, a provocação da atividade jurisdicional. Para que o processo exista é preciso que alguém demande perante um juiz.
  - Validades:
    - a) Objetivo intrínseco: são as exigências relacionadas à própria estrutura do procedimento, dentro do processo. É o respeito ao procedimento processual (petição apta, citação, etc.).
    - b) Objetivo extrínseco: são fatos exteriores ao processo, que não devem existir para que o processo seja válido - são pressupostos negativos (ex. inexistência de coisa julgada e litispendência, de convenção de arbitragem, de preempção).
  - Observação: para alguns autores, dentre os quais Barbosa Moreira, os pressupostos extrínsecos são, na verdade, condições da ação (não prevalece tal entendimento).
  - Observação 2: há quem denomine os pressupostos objetivos extrínsecos, de impedimentos processuais (antes eram os pressupostos que o juiz não podia reconhecer de ofício).
  - Pressupostos subjetivos: o impedimento e a suspeição são os níveis de parcialidade do julgador.

- Capacidade processual: não se deve confundir com a capacidade de ser parte. É a aptidão de praticar os atos processuais sozinho. A personalidade está para a capacidade de ser parte como a capacidade civil está para a capacidade processual. Exemplo de quem tem capacidade processual, mas não tem a capacidade civil: na ação popular, mesmo que o eleitor seja um relativamente incapaz (16 anos); as pessoas jurídicas de direito público não podem atuar nos juizados especiais estaduais (tem capacidade civil, mas não tem processual).
- Conseqüências da incapacidade processual (art. 13, do CPC): só extingue o processo em relação ao autor - art. 13, I, do CPC. Só deve-se aplicar os incisos do art. 13, do CPC, se tal incapacidade causar prejuízo (Marinoni, Bedague e Didier – base legal: art. 249, do CPC).
- Capacidade processual das pessoas jurídicas: para Frederico Marques, as pessoas jurídicas são incapazes processualmente, pois elas precisam ser representadas (não prevalece tal entendimento). Há diferença entre *representar* e *presentar*. Na representação há dois sujeitos, um atuando em nome do outro. Na apresentação (no caso das pessoas jurídicas), quando o presidente de uma empresa vai a juízo, ele é a própria pessoa jurídica, ele a apresenta, a faz presente. O preposto, sim, é um representante. Isso também se aplica no caso do MP, por exemplo. O seu membro, no caso o promotor ou procurador, o apresenta e não o representa, pois ele é o próprio órgão; o juiz também apresenta a magistratura, a torna presente.

### Capacidade processual das pessoas casadas

- Pólo ativo: art. 10, *caput*, do CPC (art. 1.647, do CC) – se o cônjuge não puder ou não quiser consentir, o juiz deve suprir a falta de consentimento (vara de família); a falta do consentimento pode gerar o pedido de anulação do ato pelo cônjuge preterido (artigos 1.649/1.650, do CC). Nesse caso, pode o juiz apenas determinar que seja ouvido o cônjuge preterido, mas não pode atuar *ex officio*. Tudo isso que foi dito ainda não foi definido pela doutrina ou jurisprudência, em relação à união estável, mas há quem diga que também nesse caso se aplica, por analogia; outros dizem que não se aplica à união estável, tendo em vista tratar-se de uma relação informal, sendo difícil determinar-se uma data inicial da união. Se nos autos houver notícia da união estável, o juiz deve providenciar o consentimento do companheiro.
- Pólo passivo: § 1º do art. 10 do CPC – no pólo passivo resolve-se pelo litisconsórcio necessário, pois ambos os cônjuges devem ser citados (art. 10, § 1º, inciso I a IV, do CPC) – não se aplica aos regimes de separação absoluta (art. 1.647, do CPC). Se se tratar de dívidas contraídas para despesas domésticas, por qualquer dos cônjuges, ambos devem ser citados

(vide art. 1.643/1.644, do CC) – exceção à regra de que os devedores solitários podem ser cobrados individualmente.

- Nas ações possessórias: § 2º do art. 10 do CPC – nas ações possessórias (pólos ativo e passivo) só é indispensável a participação nos casos de comosse ou ato por ambos praticado (art. 10, § 2º, do CPC).

### Curador especial

- O curador é um representante de incapaz, ou seja, o curador especial é um representante especial do incapaz processual, é o chamado *curador ad hoc* (só representa o incapaz no processo), tanto que se diz que o curador especial não pode praticar atos de disposição material. Ele não é parte no processo; parte é o curatelado; o curador é um representante da parte; o curador especial não pode propor uma demanda pelo curatelado, embora a jurisprudência permita que o curador especial proponha mandado de segurança contra ato judicial, bem como embargos à execução (Súmula 196, do STJ); a curatela especial é hoje uma função da Defensoria Pública. Não havendo defensor público, poderá ser designada qualquer pessoa capaz (normalmente os juízes nomeiam advogados como curador); é *múnus público*, não podendo o curador se negar a cumprir sua função, sob pena de ser destituído e nomeado outro; o curador especial pode ser chamado, também, de *curador à lide* (vide art. 9º, do CPC) – a revelia, na citação por edital, ou com hora certa, não produz efeitos, já que será nomeado curador especial, assim como ao preso (que não apresentou defesa).

### Capacidade postulatória

- Alguns atos processuais exigem, para a sua prática, além da capacidade processual, outra capacidade: a técnica – normalmente atribuída aos advogados e ao MP. Em alguns casos, o legislador atribui ao não-advogado a capacidade postulatória (ex. juizados especiais; Justiça do Trabalho, HC, etc.). Faltando a capacidade postulatória nos casos necessários, os atos praticados são *nulos*. Os atos praticados por advogado, sem procuração nos autos, são *ineficazes* (art. 662, do CC, em contraponto ao art. 37, parágrafo único, do CPC, que diz ser o ato *inexistente* – o CPC, num momento lamentável, autoriza a ratificação do que não existe). Nelson Nery, Arruda Alvim e outros entendem que a capacidade postulatória é pressuposto de existência, mas é posicionamento isolado. Outro momento lamentável é a Súmula 115, do STJ, empolgada com o art. 37, do CPC, que diz ser o ato de quem não tenha mandato, *inexistente*.

### Litisconsórcio

- Conceito: pluralidade de sujeitos em um dos pólos do processo. Se os litisconsortes têm advogados diferentes, o prazo para eles será contado em dobro (art. 191, do CPC), mas tal regra não se aplica à luz da Súmula 641, do STF, que diz não se aplicar o prazo em dobro quando só um dos litisconsortes sucumbir.
- Classificação:
  - a) Ativo/passivo/misto.
  - b) Inicial/ulterior/superveniente: o que se forma concomitantemente à formação do processo. O *ulterior* ou *superveniente* forma-se ao longo do processo (visto com reservas pela doutrina), surge por três situações: a conexão, sucessão e intervenção de terceiro (denúncia da lide, chamamento ao processo, assistência litisconsorcial).
  - c) Unitário/simples: é classificação que está de acordo com o direito material. É preciso examinar a relação jurídica deduzida em juízo. A decisão é a mesma para todos os litisconsortes. No litisconsórcio *simples*, a decisão pode ser diferente para os litisconsortes. No *unitário*, os litisconsortes são tratados como um só; no *simples* cada um é tratado individualmente. Para se saber se o litisconsórcio é *unitário* é preciso seguir dois passos: os litisconsortes estão discutindo uma única relação jurídica? Se a resposta for positiva, o litisconsórcio *tende* a ser unitário. A relação discutida é indivisível? Se a resposta for positiva, o litisconsórcio é unitário.
- Observação: nas obrigações solidárias e litisconsorte, existe uma só relação jurídica, mas pode ou não ser divisível ou indivisível. Se indivisível, é unitário; se divisível, é simples.
- Observação 2: é preciso que haja co-legitimação entre os litisconsortes; os sujeitos devem ter legitimidade para discutir a relação judicial deduzida.
- Observação 3: a legitimação concorrente e o litisconsórcio unitário estão sempre intimamente ligados.
- Observação 4: o litisconsórcio em uma ação constitucional é quase sempre unitário.

#### Classificação doutrinária dos atos das partes:

- Condutas determinantes: é aquela que a parte pratica e que vai lhe colocar em situação desfavorável (ex. renunciar, desistir, não recorrer, não contestar, etc.).

- Condutas alternativas: é aquela que a parte pratica para melhorar sua situação (ex. recorrer, contestar, argumentar, alegar, etc.). Chama-se *alternativa* porque a situação pode, ou não, melhorar.
- Três regras:
  - a) Uma conduta determinante de um litisconsórcio não prejudica o outro, mas tão-somente quem pratica o ato no litisconsórcio simples.
  - b) No litisconsórcio unitário, se somente um pratica conduta, não surte efeitos; no litisconsórcio simples, a conduta alternativa de um não se estende aos demais.
  - c) No litisconsórcio unitário, a conduta alternativa de um beneficia os demais. Quanto ao simples, vide art. 48, do CPC.
- Situações excepcionais:
  - a) Art. 320, I, do CPC – estende a eficácia da conduta a quem não contestou, mesmo no litisconsórcio simples, se disser respeito a fatos comuns.
  - b) Art. 509, parágrafo único, do CPC – havendo solidariedade passiva (unitário ou simples), o recurso de um aproveita aos outros.
- Litisconsórcio por afinidade: é aquele em que apresenta problemas semelhantes entre os litisconsortes (ex. consumidores, contribuintes, segurados da previdência, etc.). Está relacionada às *causas de massa*. No CPC de 1939, o réu poderia recusar o litisconsórcio por afinidade (simples), surgindo a figura do *litisconsórcio recusável ou facultativo impróprio*. O CPC de 1973 não previu a possibilidade de tal recusa. Hoje, devido às causas de massa, a recusa é novamente prevista, pois há casos de ações com centenas de pessoas nos pólos. Se o litisconsórcio por afinidade ativo é multitudinário e, por isso, dificulta a defesa, o juiz poderá limitá-lo. De igual forma, o réu também pode pedir para limitar o litisconsórcio ativo, o qual interrompe o prazo para resposta (art. 46, parágrafo único, do CPC).
- Todo litisconsórcio por afinidade é simples (art. 46, IV, do CPC).
- Litisconsórcio necessário: se dá quando sua formação é obrigatória (art. 47, do CPC). Todo litisconsórcio unitário, segundo o CPC, é necessário. Também será necessário quando a lei disser (nesses casos eles são, quase sempre, simples. Ex. ação de usucapião de imóveis; ação de demarcação de terras; litisconsórcio na oposição). Contudo, embora o CPC diga, nem todo litisconsórcio unitário é necessário, tendo em vista que existe o litisconsórcio necessário simples (por força de lei). Ademais, também existe o litisconsórcio facultativo unitário.

- Litisconsórcio facultativo unitário: é possível afirmar, em que pese a discordância de Nelson Nery, que não existe litisconsórcio necessário ativo. Conseqüentemente, todo litisconsórcio unitário ativo é facultativo. Ninguém pode ser compelido a ir ao Judiciário.
- Questão esdrúxula é a do art. 114, § 2º, da CF, que para Fredie Didier é ridícula. Tal dispositivo prevê o litisconsórcio necessário ativo entre sindicatos (fala em *comum acordo*). Contra tal artigo constitucional existem cinco ADI's propostas, todas com argumento de que não há possibilidade de compelir alguém a ir ao Judiciário. Sobre o assunto, veja a belíssima redação da Súmula 406, do TST.
- Sendo o litisconsórcio ativo, é ele unitário facultativo. O unitário passivo é necessário. O simples facultativo é a regra.
- Intervenção litisconsorcial voluntária: intervenção de alguém no processo, para tornar-se litisconsorte. São espécies de assistência litisconsorcial, num primeiro sentido (como sinônimo da intervenção litisconsorcial); num segundo sentido, é um litisconsórcio facultativo ulterior ativo e simples (alguém pede para tornar-se litisconsorte ativo num pedido já deduzido pelo autor – Cândido Dinamarco) – considerado inconstitucional, por violar o princípio do juiz natural.
- Intervenção *iussu iudicis*: intervenção por obra do juiz, que determina que alguém ingresse no processo. No CPC de 1939 havia dispositivo dizendo que o magistrado poderia determinar a participação de quem ele entendesse capaz de fazer parte do processo. O CPC de 1973 optou por retirar tal referência. O que substitui tal referência encontra-se no *parágrafo único do art. 47, do CPC*. A doutrina tem se manifestado no sentido de se atribuir ao magistrado o poder de trazer outros sujeitos ao processo, já que cabe a ele velar pelo bom andamento do processo, inclusive como forma de resolver o problema do litisconsórcio facultativo unitário. Pode o juiz mandar intimar quem poderia ser um litisconsorte unitário, para se evitar reclamações futuras. Essa intervenção tem por objetivo proteger o processo.

### **Intervenção de terceiro**

- Parte é quem está no processo, agindo com parcialidade.
- Terceiro é todo aquele que não é parte, que está fora do processo.
- Intervenção de terceiro, portanto, é o ingresso de terceiro em processo pendente, tornando-se parte. Toda intervenção de terceiro torna este parte, não gerando processo novo.
- Processo incidente é um processo novo, que surge em razão de um processo já existente, para nele produzir efeitos. Ex. embargos à execução,

embargos de terceiro, mandado de segurança contra ato judicial, ação cautelar incidental.

- Incidente do processo é um procedimento novo, que surge de um processo já existente, para dele fazer parte (é como se fosse o galho de uma mesma árvore). Ex. reconvenção, impugnação ao valor da causa, exceção de incompetência, designação de perito, ação declaratória incidental. Toda intervenção de terceiro é incidente do processo.
- Observação: ação incidente ou demanda incidente não se confunde com incidente do processo. Aquela é uma demanda nova sobre um processo que já existe, tanto podendo ser um processo incidente como um incidente do processo. Reconvenção é demanda incidente, que *não* gera processo novo.
- Fundamento das intervenções de terceiro: de algum modo, o processo repercute em alguém, seja moral, econômica ou juridicamente. Fala-se, também, em repercussão institucional, como no caso de um promotor que estiver sendo demandado em razão de ato por ele praticado, repercutindo na instituição Ministério Público. As intervenções de terceiro só se justificam, em regra, quando há vínculo jurídico do terceiro com a causa.
- Eficácia da intervenção de terceiro: transforma o terceiro em parte, podendo ser para ampliar o número de sujeitos no processo como para substituir a parte, como na nomeação à autoria; repercutem objetivamente no processo, podendo trazer ao processo um pedido novo, ampliando-o objetivamente. Ex denúncia da lide e oposição.
- Classificação das intervenções de terceiro:
  - a) Intervenções espontâneas ou voluntárias e forçadas ou coactas. Na primeira, o terceiro pede para intervir (assistência, oposição); na segunda, ele é chamado a intervir (denúncia da lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo).
  - b) Intervenção *ad coadjuvandum*: quando o terceiro intervém para ajudar um dos sujeitos (ex. assistência).
  - c) Intervenção *ad excludendum*: quando o terceiro intervém para brigar com as partes (ex. oposição).
- Controle pelo magistrado: o terceiro só intervém se o magistrado entender conveniente a sua intervenção, não sendo suficiente o silêncio das partes, como faz ver o art. 51, do CPC.
- Cabimento das intervenções de terceiro: foram pensadas basicamente para o processo de conhecimento e para o procedimento ordinário (comum), o que não quer dizer que em qualquer processo seja ela admitida. Três situações:

- a) Nos juizados especiais não se admite qualquer intervenção de terceiro.
- b) No procedimento sumário: se submete a um regramento especial, sendo cabível algumas intervenções, como a assistência, recurso de terceiro (intervenção espontânea) e a intervenção fundada em contrato de seguro (designação que não se traduz em espécie de intervenção, mas em gênero, que comporta algumas espécies: denúncia da lide e chamamento ao processo nas causas de consumo - art. 101, II, do CDC).
- c) Na ADI, ADC ou ADPF: a lei diz que não cabe intervenção de terceiro em tais ações, já que não discutem interesses individuais. Contudo, duas considerações devem ser feitas: na intervenção do co-legitimado, o ente que poderia ter proposto a ação pode nela intervir; intervenção do *amicus curiae* (amigo da corte) – o sujeito que intervém no processo para ajudar o magistrado a decidir, fornecendo subsídios, auxiliando-o. Não se confunde com o perito, que investiga fatos, fazendo provas. O *amicus curiae* é um espécie de conselheiro, que tenta ampliar o horizonte do magistrado, aprimorando o debate. É um papel que legitima, ainda mais, o mister jurisdicional, tendo em vista que o contraditório será mais qualificado. Na prática, o *amicus curiae* aparece dentro do capítulo da intervenção de terceiro. Rigorosamente, não é. Mas é tratado como se fosse. Nasceu da experiência norte-americana. A primeira experiência nacional veio com a CVM (Comissão de Valores Mobiliários, Lei n. 6385/76) – prevê que em todo processo que se discute questão relacionada ao mercado de capitais, o CVM tem de ser intimado para intervir. Considerado o primeiro caso de *amicus curiae* no país. Outro caso é a intervenção do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lei n. 8884/94), que permite sua intervenção em processos que se discutam matérias de sua competência – as Leis 9868/99 (ADI e ADC) e 9882/99 (ADPF) trouxeram a previsão do *amicus curiae* de forma expressa, com profundas alterações: a intervenção pode ser espontânea; não se define quem deve ser *amicus curiae*, podendo ser qualquer um que tenha condições de contribuir com a questão. O STF permite que o *amicus curiae* faça sustentação oral. Em 2003, no julgamento do HC 82.424, que cuida do racismo e anti-semitismo, o STF admitiu a intervenção de *amicus curiae*, por entender que a causa era relevante e quem pediu para intervir tinha legitimidade para tanto (Celso Lafer). Hoje, é possível falar em uma intervenção atípica de *amicus curiae*, desde que a causa seja relevante e o sujeito seja representativo, independentemente do processo, seja penal ou cível.

Espécies de intervenção:

- Assistência: intervenção espontânea em qualquer fase do processo e o assistente não traz ao processo pedido novo, apenas adere ao que já está sendo demandado. O assistente só pode intervir se alegar a existência de um interesse jurídico. Há duas espécies desse interesse jurídico:
  - a) Forte, direto ou imediato – A discute com B uma relação X. Vem o terceiro, C, e diz que quer ser assistente de A, porque faz parte da relação jurídica X. Outra situação é quando terceiro se diz co-legitimado para discutir a relação jurídica, já que poderia ter proposto a ação (ex. o substituído C pede para intervir no processo em que o seu substituto atua; a intervenção do co-legitimado na ADI) – é a chamada assistência litisconsorcial, a que decorre desses tipos de interesse. O assistente transforma-se em litisconsorte do assistido, formando um litisconsórcio ulterior unitário. Dica: sendo litisconsórcio unitário ulterior, é ele também facultativo, ocorrendo com mais frequência no pólo ativo.
  - b) Fraco, indireto ou mediato – quando o terceiro tem um interesse singelo, mas que autoriza a assistência. Ex. C diz que quer assistir B, sob o argumento de que ambos têm uma outra relação jurídica Y, que não é a que está sendo discutida no processo, mas está vinculada a ela. Na ação de despejo, por exemplo, o sublocatário pede para intervir, pois o resultado o atingirá. É a chamada *assistência simples*, em que o assistente não se torna litisconsorte do assistido, mas simples auxiliar, ajudante (art. 53, do CPC). O assistente litisconsorcial se submete à coisa julgada. Quanto ao simples, há muitas dúvidas. Uns dizem que ele não se submete à coisa julgada, submetendo-se a uma outra forma de eficácia preclusiva: submissão à justiça da decisão; eficácia da intervenção e eficácia preclusiva da intervenção. É, a um só tempo, mais rigorosa do que a coisa julgada e mais branda (vide art. 55, do CPC – assistência simples); incisos I e II do art. 55 do CPC: *exceptio male gestis processus* (defeito de má gestão do processo). A eficácia desta estabilidade jurídica é menor. Mais rigorosa porque atinge os fundamentos e mais branda porque admite uma simples defesa para derrubar a preclusão.
- Intervenção especial dos entes públicos: existem duas espécies: espontâneas e a qualquer tempo (Lei 9469/97). Não formulam pedido novo, mas apenas ingressam no processo. O art. 5º, da Lei 9469/97 diz que somente a União pode se valer dela, caso no processo figurem como autoras ou rés as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais (sendo sociedade de economia mista, o processo é deslocado para a justiça federal). A doutrina diz que a intervenção da União só deve acontecer se houver interesse jurídico (alguns autores chamam essa intervenção de *intervenção anômala*); o parágrafo único do art. 5º da Lei 9469/07 trata da intervenção que pode ser feita por qualquer pessoa de direito público, em qualquer causa e pode se dar por interesse econômico. Alguns doutrinadores dizem tratar-se de intervenção de *ami-*

*cus curiae*. Permite-se, inclusive, a possibilidade do interveniente recorrer (o que descaracterizaria o *amicus curiae*).

- Alienação da coisa litigiosa: venda ou cessão da coisa ou direito discutido, a um terceiro. Costuma-se dizer que o adquirente da coisa litigiosa fica submetido à coisa julgada. Quem vende continua legitimado para atuar na causa, mas o adquirente pode pedir para substituir o alienante, desde que a parte contrária concorde. A venda da coisa litigiosa pode implicar sucessão processual. Não havendo consentimento do adversário para o ingresso do adquirente, este poderá intervir como legitimado extraordinário superveniente (*substituto processual*), que continua no processo defendendo, em nome próprio, direito alheio (art. 42, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC) – sobre o assunto, ver texto de Willian Ferreira.
- Oposição: intervenção de terceiro espontânea, pela qual o terceiro formula um pedido para si, passando o processo a ter um novo pedido, dirigido a ambas as partes originárias. O terceiro se opõe aos litigantes originários. A oposição gera um litisconsórcio necessário, por força de lei, ulterior passivo e simples. No julgamento, primeiro o juiz julga a oposição, antes de examinar o pedido principal. O Código traz duas espécies de oposição. Não cabe oposição após a sentença. Até a audiência, a oposição é regulada pelo art. 59, do CPC, chamada *oposição interventiva*. Após a audiência e antes da sentença (art. 60, do CPC), é a chamada *oposição autônoma*. A primeira é uma verdadeira intervenção de terceiro. A *autônoma* não é uma intervenção de terceiro, mas um processo incidente (um novo processo que se instaura). Na oposição, é o advogado que recebe a citação (art. 57, do CPC).
- Nomeação à autoria: Características:
  - a) Intervenção forçada pelo réu.
  - b) Obrigatória: o réu tem o dever de nomear à autoria, nos casos em que a lei impõe, caso contrário arcará com perdas e danos.
  - c) Tem como função a de corrigir o pólo passivo do processo. Há determinadas relações de subordinação que ficam encobertas pela aparência, ficando o demandante sem saber quem é o legitimado. Quando o verdadeiro autor entra no processo, o réu originário sai dele (chamado *extromissão*). Se o nomeado se recusa a fazer parte no processo, este continua sem ele, mas produzirá efeitos (é como se o nomeado se tornasse revel). Há dois casos de nomeação à autoria: art. 62, do CPC – nomeação do mero detentor, que nomeia o verdadeiro proprietário da coisa; art. 63, do CPC – nomeação feita pelo preposto. No primeiro caso (art. 62), fala-se em ação possessória, reivindicatória. O segundo caso (art. 63), trata-se de ação indenizatória.

Observação: aprofundamento da questão (só responder se for pedido diretamente em concurso): nomeação feita pelo detentor, relacionado ao art. 1.228, do CC. Por tal redação do dispositivo, o detentor pode ser réu numa ação reivindicatória, o que não seria o caso de nomeação à autoria, já que o detentor se torna legitimado (sem sentido, pois um vaqueiro não pode, por exemplo, defender a fazenda num litígio; ou um motorista responder como se proprietário do carro fosse); nomeação feita pelo preposto (art. 932, III, do CC) – dá a entender que o empregador responde, assim como o *empregado*, perante a vítima. É uma responsabilidade solidária do empregador e do empregado (art. 942, parágrafo único, do CC). Não haveria possibilidade de nomeação, uma vez que o próprio empregado é legitimado. Alguma doutrina diz que, nesse caso, não há nomeação à autoria, mas chamamento ao processo.

- Denúnciação da lide: intervenção provocada tanto pelo autor quanto pelo réu. Pelo autor, é provocada na petição inicial (nesse caso, não seria intervenção de terceiro, pois o processo já surge contra o terceiro, não havendo intervenção). Já o réu formula a denúnciação da lide no prazo da contestação, no prazo de resposta. Trata-se de uma demanda, em que o denunciante formula um pedido contra um terceiro. É uma demanda regressiva e eventual (só será examinada se o denunciante perder para o seu adversário). A denúnciação da lide amplia o objetivo do processo; hipótese de cúmulo objetivo eventual. É demanda antecipada – antecipa-se o prejuízo que corre o risco de sofrer. Havendo dúvida sobre a intervenção forçada, faça-se a seguinte pergunta: o terceiro que veio ao processo, em relação com o adversário daquele que provocou sua intervenção, tem relação com ele? Na denúnciação não há relação entre o denunciado e o adversário do denunciante. A relação existe entre denunciante e denunciado. Numa hipótese, existem duas demandas: A contra B e C e B contra C. O denunciado C é réu em face de B. C ajuda B contra A. Qual a situação processual do denunciado? O denunciado é réu em relação à denúnciação da lide, e é alguma coisa em relação à ação principal (no caso, A). Há três correntes doutrinárias:
  - a) Do Código: o denunciado é litisconsorte do denunciante em face de A. É litisconsorte unitário e o denunciado atua como legitimado extraordinário, pois C defende, em nome próprio, interesse de B.
  - b) De Dinamarco: para Cândido Rangel Dinamarco, a posição do denunciado em face de A é a de assistente litisconsorcial (apenas diferença terminológica em relação à primeira corrente).
  - c) De Nelson Nery: o denunciado é assistente simples do denunciante em face de A (prevalece o posicionamento que diz ser o denunciado um litisconsorte unitário – entendimento da primeira corrente).

Observação: pode o juiz condenar o denunciante C a responder diretamente a A (autor da ação principal)? A resposta tradicional é negativa, pois C não tem relação com A, mas com B. Porém, o STJ vem admitindo a condenação direta quando o denunciado é uma seguradora.

Chamamento à autoria: no Código de 1939 não existia denúncia da lide, que foi criada em 1973. O equivalente à denúncia da lide, no Código de 39, era o *chamamento à autoria*, intervenção provocada, cabível somente no caso de evicção. Aqui, a demanda ocorria depois da sentença, em outro processo. Poderia gerar uma sucessão processual com o chamado entrando no lugar do chamante. Mas o chamado poderia ignorar a demanda e não fazer absolutamente nada. A denúncia da lide veio para substituir o chamamento à autoria, mas não se trata da mesma coisa; são institutos diversos, não se confundem.

A denúncia da lide é obrigatória, sob pena de se perder o direito de regresso? O Código diz que sim (art. 70, do CPC). Contudo, a doutrina, de maneira unânime, diz que a obrigatoriedade da denúncia diz respeito apenas à hipótese do inciso I do art. 70 do CPC (denúncia da lide em caso de evicção. Curiosamente o mesmo caso do anterior chamamento à autoria). Porém, até mesmo em casos de evicção, há situações em que a denúncia não é obrigatória, ou seja, quando é ela proibida, como no caso dos juizados especiais e no procedimento sumário. A evicção pode ser administrativa (perda da coisa por decisão administrativa – carro apreendido pelo Detran, por exemplo). Admite-se, por isso, a ação autônoma de evicção.

Art. 456, do CC: este dispositivo confirma a obrigatoriedade da denúncia da lide em caso de evicção, sustentada por alguns doutrinadores (reprodução do art. 1.116, do CC de 1916, época em que nem havia denúncia da lide, mas chamamento à autoria – esse art. 456 é considerado ultrapassado, obsoleto). A doutrina, por conta disso, diz que nem nos casos de evicção, a denúncia da lide é obrigatória, sob o argumento de que isso seria um estímulo ao enriquecimento ilícito, além de ser o art. 456, do CC arcaico. O nosso Código admite as denúncias sucessivas. O art. 456, do CC, gerou algumas correntes sobre a expressão *qualquer das anteriores*.

Yarshell (USP): admitem-se as denúncias sucessivas. Para Alexandre Câmara nada mudou; tudo continua como antes. Nelson Nery (PUC/SP) defende a interpretação literal do dispositivo (456, do CC), ou seja, é possível falar de uma denúncia da lide *per saltum* (pode-se denunciar quem vendeu a coisa ou os outros alienantes anteriores); Humberto Theodoro (MG) – o art. 456, do CC, criou hipótese de solidariedade passiva (todos os alienantes responderiam em face do último comprador – caso de solidariedade legal); Fredie Didier (BA) – é possível a denúncia coletiva – chama todos os alienantes, de uma só vez. Ratifica o que a jurisprudência já aceitava e não havia dispositivo legal.

O parágrafo único do art. 456, do CC corrige um problema do art. 75, do CPC. O denunciante não precisa continuar no processo, depois do ingresso do denunciado.

Art. 70, III, do CPC: generaliza o cabimento da denunciação da lide. Vicente Greco Filho diz que só cabe denunciação da lide em razão da transmissão de um direito; teria que se fundar em garantia própria, decorrente dos negócios que transferem direitos (isso em 1973). Em 1975, Cândido Dinamarco se contrapôs a Vicente Grego, dizendo que a denunciação da lide cabe em qualquer situação. Segundo Didier, se a denunciação trazer mais prejuízo do que benefício, não será ela admitida. Será analisada no caso concreto. Sobre se o Estado pode, ou não, denunciar o servidor, depende da concepção restritiva de Vicente Greco ou da ampliativa, de Dinamarco. Vai depender da corrente seguida pelo julgador.

- Chamamento ao processo: novidade do Código de 1973. Intervenção provocada pelo réu e é facultativa. É um benefício para o réu e só cabe em processo de conhecimento, não sendo cabível em processo de execução. O que justifica o chamamento é a existência de um vínculo de solidariedade entre chamante e chamado. Quem vem ao processo *poderia* ter sido réu. O chamamento está em desarmonia com o direito material, pois mitiga o direito do credor de escolher contra quem demandar. A sentença será proferida contra chamante e chamado e poderá ser executada contra todos. O que vier a pagar poderá, *nos mesmos autos*, buscar, de quem não pagou, o quinhão respectivo (é a vantagem do chamamento ao processo). O chamamento é uma convocação para ser litisconsorte; não é uma demanda (ação). Para Dinamarco e Nelson Nery o chamamento é uma ação (não se justifica tal posicionamento). Não amplia objetivamente o processo.

### **Petição inicial**

- Instrumento da demanda (exercício do direito de ir a juízo). A forma de exercitar esse direito é a petição inicial. O conteúdo da petição é a demanda, é a ação. Deve ter pedido, causa de pedir e partes, para não ser inepta.
- Requisitos:
  - a) Forma escrita (o juizado admite demanda oral, bem como a Justiça do Trabalho. A ação de alimentos também pode ser oral, embora quase ninguém faça ou saiba).

- b) Assinatura de um advogado ou um promotor (capacidade postulatória). Há leigos que possuem capacidade postulatória, como no caso do HC.
  - c) Endereçamento (indicação do juízo perante o qual se faz o requerimento).
  - d) Qualificação das partes.
  - e) Pedido (vide mais sobre o assunto adiante).
  - f) Causa de pedir (o CPC adotou a teoria da substanciação da causa de pedir – fundamentos de fato e jurídico).
  - g) Requerimento de citação.
  - h) Requerimento de produção de provas em juízo.
  - i) Valor da causa (em real e certo) – art. 259, do CPC (hipóteses legais).
  - j) Documentos indispensáveis à propositura da ação: indispensável por força de lei (ex. procuração, certidão de casamento, em separação, título executivo, etc.); indispensável porque o autor tornou indispensável, ao fazer referência na petição inicial. Pode ser que o autor não tenha o documento que se referiu. Neste caso, tem que dizer que não o possui e pedir sua exibição.
- Emenda: concerto, correção da petição. Há um direito à emenda, pois o juiz não pode indeferir-la sem providenciar o seu concerto, em respeito ao princípio da cooperação (em 10 dias, de acordo com o art. 284, do CPC).
  - Alteração: mudança da petição; troca de elementos; pode ser subjetiva (troca de réu) até a citação, ou objetiva (alteração da causa de pedir ou do pedido, até a citação). Depois do saneamento, não é possível. Porém, entre a citação e o saneamento, é possível com o consentimento do réu (art. 264, do CPC).
  - Aditamento (art. 294, do CPC) – aumento, acréscimo, ampliação da petição inicial. Só pode ser feito até a citação.
  - Redução: pode ser feita por várias formas. Ex. desistência ou renúncia parcial; transação parcial, etc.
  - Indeferimento: rejeição liminar da petição inicial, antes da citação do réu. O réu ganha sem sequer apresentar defesa. No indeferimento não há condenação em honorários advocatícios. Pode ser parcial ou total. Sendo parcial, o processo não se encerra, seguindo em relação à parte deferida. Esse indeferimento é agravável. Pode ser um indeferimento com ou sem

exame de mérito. Sem exame é a regra, tratada pelo CPC de forma especial pela art. 296, permitindo juízo de retratação. Não se retratando, o juiz manda a apelação ao tribunal, sem contra-razões do réu. Com exame de mérito, também chamado de *improcedência prima facie*, sem oitiva do réu (ex. prescrição ou decadência e no caso do art. 285-A, do CPC – causas repetitivas). No caso de prescrição e decadência, somente se o juiz puder reconhecê-las de ofício. A decadência pode ser conhecida *ex officio* se for legal (210, 211, do CPC). A prescrição, no CC/1916, ficou dito que o juiz poderia conhecer de ofício da prescrição de direitos não patrimoniais. O CPC de 1973 repetiu isso. Acontece que a prescrição é essencialmente de direito patrimonial. O CC/2003 revogou o texto anterior e acrescentou que a prescrição pode ser conhecida *ex officio* se favorecer absolutamente incapaz. Em dezembro de 2004, a Lei de Execução Fiscal foi alterada para permitir o conhecimento *ex officio* da prescrição tributária (art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80), mas com oitiva da Fazenda Pública, em nome do princípio da cooperação. Em fevereiro de 2006, com a Lei n. 11.280, foi alterado o § 5º do art. 219 do CPC, permitindo a prescrição *ex officio*, acabando com a discussão. Quebra uma tradição milenar. Não tem qualquer simetria com o ordenamento pátrio, *ex vi* do art. 191, do CC, que permite a renúncia expressa ou tácita. Daí surge a pergunta: como renunciar, se o juiz conhecer *ex officio*? Existem, hoje, várias interpretações. Vejamos algumas delas:

- a) Mais radical (Alexandre Câmara e H. T. Júnior) – dizem que essa redação do art. 219 é inconstitucional, por ferir a autonomia privada, que é conteúdo do direito à liberdade.
- b) Pablo Stolze: deve ser aplicada a prescrição *ex officio*, desde que, antes, se intime autor e réu.
- c) O juiz pode conhecer de ofício, exceto da prescrição que desfavoreça empregado, consumidor e idoso e do índio, pois o Estado tem o dever constitucional de protegê-lo.
- d) Fredie Didier: o juiz pode conhecer de ofício a prescrição, até ouvir o réu. A partir do momento em que o réu é ouvido, já não pode mais, cabendo a ele alegá-la.
- e) § 6º do art. 219 do CPC, também aplicável ao 285-A. O réu é comunicado sobre o julgamento de mérito por reconhecimento da prescrição. O 285-A permite a reprodução de uma causa já julgada, quando a matéria for unicamente de direito (cuja prova é unicamente documental), sendo ela repetitiva, poderá ser reproduzida (causas-tipo = repetitiva). O 285-A é um julgamento antecipado da lide, sem oitiva do réu. Diferentemente do art. 296, cabe apelação, mas com contra-razões do réu e o prazo é de 5 dias, não de 48 horas para o juiz decidir sobre a retratação.

Observação: para alguns autores, o indeferimento por carência de ação é com exame de mérito (é doutrinário tal posicionamento – seria outro caso de indeferimento *prima facie*).

Observação 2: despacho liminar positivo é o deferimento da petição inicial (“cite-se o réu”). Despacho liminar negativo é o indeferimento da petição inicial.

- Indeferimento da petição inicial sem exame de mérito (art. 295, do CPC):
  - a) Inépcia: defeito relacionado ao pedido ou à causa de pedir (parágrafo único do art. 295 do CPC) – falta ou obscuridade do pedido ou da causa de pedir ou se da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; quando o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si (*petição suicida*) – são pedidos que não podem ser cumulados. Nesses casos, o juiz deve mandar emendar a petição. Hipótese da legislação extravagante: Lei n. 10.931/04, art. 50 – para se discutir quantia, a controvérsia deve trazer o valor quantificado.
  - b) Ilegitimidade das partes ou faltar interesse de agir.
  - c) Por erro de procedimento (inciso V, art. 295, do CPC) – na prática, não deve levar ao indeferimento da petição, pois sempre poderá ser corrigido.

## Pedido

- Classificação:
  - a) Mediato: é o resultado prático que se espera alcançar com o processo. É o bem da vida.
  - b) Imediato: é a decisão judicial. Fala-se, hoje, que o juiz não está mais vinculado ao pedido imediato. O juiz pode decidir de outra forma do que foi pedido, se isso atingir o mesmo resultado.
- Requisitos:
  - a) Concludência: o pedido tem que ser resultado da causa de pedir; é a sua conclusão lógica.
  - b) Certeza: expresso, efetivamente deduzido, não podendo ser obscuro nem implícito. Contudo, existem pedidos implícitos, que mesmo não deduzidos expressamente, reputam-se formulados (ex. correção monetária, juros legais de mora, condenação às verbas da sucumbência, pedido do art. 290, do CPC, prestações peri-

ódicas, pedido de alimentos provisórios na ação de alimentos) – tais pedidos, mesmo implícitos, geram o dever do juiz de examiná-los, sob pena de ser a sentença *citra petita* – vide art. 293, do CPC.

- c) **Determinação:** é o pedido delimitado em relação ao *quantum* e ao *quê* (art. 286, do CPC: no lugar de *ou* leia-se *e*). Pedido genérico é o relativamente determinado, sendo indeterminado em relação ao *quantum*, cabendo em três hipóteses: nas ações universais, que têm por objeto uma universalidade (ex. ação de herança, etc. – art. 286, I); quando impossível determinar as conseqüências do ato ou fato ilícito. Mas a responsabilidade civil também pode decorrer de ato lícito; quando depender de ato a ser praticado pelo réu (ex. prestação de contas).
- Regras especiais sobre o pedido:
  - a) Pedido cominatório: art. 287, do CPC – artigo de pouca utilidade: o autor pode pedir aplicação de multa; porém, se não o fizer, o juiz pode aplicar *ex officio*.
  - b) Pedido alternativo: art. 288, do CPC – na obrigação alternativa, o devedor poderá cumpri-la por mais de uma forma. É apenas um pedido, podendo ser cumprido de formas diferentes.
  - c) Pedido nas obrigações indivisíveis com pluralidade de credores (art. 291, do CPC).
- Cumulação de pedidos: dedução, na petição inicial, de vários pedidos. Há três requisitos: competência do juízo; compatibilidade dos pedidos e identidade do procedimento (§ 2º do art. 292 do CPC).
- Espécies de cumulação de pedidos:
  - a) **Inicial:** no início do processo.
  - b) **Ulterior:** no curso do processo (ex. ação declaratória incidental, conexão).
  - c) **Homogênea:** feita pelo mesmo sujeito.
  - d) **Heterogênea:** feita por sujeitos diversos (ex. reconvenção).
  - e) **Própria:** vários pedidos formulados, para que todos sejam acolhidos. Caracteriza-se pela partícula *e*. Se divide em duas espécies: *simples* (vários pedidos formulados, mas sem qualquer relação entre eles); *sucessiva* (o acolhimento de um pedido depende do acolhimento do outro. Só terá o segundo pedido se tiver o primeiro. Ex. investigação de paternidade e alimentos – B só se A).

- f) Imprópria: vários pedidos formulados, mas só um poderá ser acolhido. Prevalece a partícula *ou*. Não se exige o requisito da compatibilidade dos pedidos. São de duas espécies: *eventual* (ou subsidiária) – formula vários pedidos em ordem de importância, de preferência. O juiz só examina o pedido seguinte se negar o anterior (art. 289, do CPC). Mesmo que o segundo pedido seja acolhido, pode-se recorrer para fazer prevalecer o primeiro (B só se não A) – é o inverso da sucessiva; *alternativa* (os pedidos não seguem ordem de importância. Não está prevista no Código, admitida como uma variação da cumulação eventual. Não se confunde cumulação alternativa com pedido alternativo (neste só há um pedido, que pode ser cumprido por mais de uma forma). Gráfico exemplificativo: -----< pedido alternativo; >----- cumulação alternativa.

## Citação

- Comunicação processual pela qual se dá ciência ao réu ou interessado da existência de uma demanda contra ele, convocando-o para apresentar a sua resposta.
- Há duas correntes que explicam a citação como pressuposto processual: a primeira é da PUC/SP, seguida por Nelson Nery, Teresa Wambier, Arruda Alvim, etc. – a citação é pressuposto de existência do processo (é concepção minoritária, posto que relevante – *postoque* significa *embora*); para uma segunda corrente, a citação é um requisito de validade do processo a partir daí; e é condição de eficácia do processo para o réu. Não é pressuposto do processo, pois a citação ocorre *no* processo; a citação se dá após o nascimento do processo; o processo não depende dela para existir.
- Se se considerar a citação pressuposto de existência, a sentença proferida sem citação seria inexistente, podendo ser argüida a qualquer tempo, em ação declaratória de inexistência (obviamente se a sentença for contra o réu).
- Como pressuposto de validade, a não-citação do réu gera sentença nula, podendo ser desconstituída a qualquer tempo, por meio de uma ação de nulidade, chamada de *querela nulitatis*. A falta de citação é defeito tão grave que pode até ser argüido após o prazo da rescisória, chamada de *transrescisória*. Contudo, se o réu, no recurso, não disser nada sobre a sua não-citação, a matéria estará preclusa (vide art. 475-L e art. 741, do CPC).
- Observações importantes:

- a) É possível encontrar na doutrina quem entenda que a ação declaratória de inexistência é sinônima de *querela nulitatis*. Não procede, pois uma é declaratória e a outra é desconstitutiva.
  - b) Discute-se na doutrina se, quando for caso de querela, é possível propor rescisória. Prevalece o entendimento de que é possível utilizar a rescisória, mesmo sendo caso de *querela nulitatis*.
  - c) O Ministério Público já fez uso de ação civil pública para dizer que a falta de citação gerava prejuízo ao Erário. O STJ apoiou. Não se vale da invalidade apenas através de embargos.
  - d) Qual a consequência da falta de citação de um litisconsorte necessário? Se for ele unitário, a sentença será nula (ou inexistente). Se o litisconsorte necessário não citado for simples, a sentença é válida para aquele que foi citado e é ineficaz em relação ao que não foi citado.
  - e) Comparecimento espontâneo e o suprimento da citação: (art. 214, §§ 1º e 2º) – o réu que argúi a nulidade do processo por falta de citação, ganha novo prazo para se defender (só isso!).
- Efeitos da citação:
    - a) Prevenção do juízo.
    - b) Induz litispendência (vida do processo; o processo torna-se pendente; induz litispendência *para o réu*, pois para o autor a litispendência já existe desde a propositura da ação).
    - c) Torna litigiosa a coisa (para o réu). Estes três primeiros requisitos são chamados de *efeitos processuais da citação válida*.
    - d) Mesmo quando ordenada por juiz incompetente constitui em mora o devedor (efeito material da citação); interrompe a prescrição (§ 1º do art. 219 – a interrupção retroage à data da propositura da ação, para não prejudicar o autor, tendo em vista que em muitos casos demora-se a citar o réu; quando se diz que o autor tem o ônus de *promover* a citação, o que se quer dizer é que deve ele indicar o endereço do réu, pagar as despesas da citação e juntar cópia da petição inicial para o réu – tudo o mais é tarefa do Judiciário; não sendo feita a citação em 10 dias, prorroga-se até 90 dias; passados 100 dias sem citação do réu, a data da interrupção da prescrição será a data da efetiva citação, não retroagindo à propositura da ação); o art. 202, do CC, diz que somente se interrompe a prescrição por uma única vez. Na prática, não é assim que funciona. O inciso I do art. 202 do CC diz que o que interrompe a prescrição não é a citação em si, mas o despacho citatório do juiz; a decadência se reputa obstada pela propositura da ação.

- Modalidades de citação:
  - a) Citação postal (por correio): é a regra. Pode-se dar em qualquer parte do país, exceto nas ações de estado (ex. inventário, separação, divórcio, interdição, etc.; quando for ré pessoa incapaz; ré pessoa de direito público; processos de execução - ressalvado execução fiscal); quando o réu residir em local aonde o correio não chega; quando o autor a requer de outra forma – art. 222, do CPC.
  - b) Por mandado ou oficial de justiça: residual. Citação com hora certa: espécie de citação por mandado (citação ficta), que se gerar revelia exige-se a nomeação de curador especial. Em geral, a doutrina diz que não cabe a citação por hora certa na execução por quantia – nesse caso caberia o procedimento da pré-penhora ou arresto (art. 653/654, do CPC) – vide art. 227/229, do CPC.
  - c) Por edital: em situações excepcionais (art. 231, do CPC) – quando desconhecido ou incerto o réu; quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; nos casos expressos em lei (ex. usucapião); nos juizados especiais não cabe citação por edital. A citação por edital também é ficta, de modo que sendo o réu revel, deve-se nomear curador especial. Se o autor promover dolosamente a citação por edital, será condenado à multa de 5 salários mínimos (art. 233, do CPC).
- Pessoaalidade da citação: quer dizer que deve ser feita na pessoa do réu. Porém, sendo o réu incapaz, quem recebe é o seu representante; se tiver procurador (advogado), este poderá receber a citação. Há casos em que a lei atribui ao advogado o poder de receber a citação (ex. oposição, reconvenção, embargos à execução, liquidação); casos excepcionais do art. 215, §§ 1º e 2º do CPC; art. 218, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC; art. 223, parágrafo único. O art. 18, da Lei dos Juizados Especiais fala que a citação pode ser feita na pessoa do *encarregado da recepção*. O art. 217, do CPC, traz os casos em que não se fará a citação.

### Resposta do réu

- O réu pode se aquiescer; contestar (defesa); reconvir; impugnar o valor da causa; ser revel; arguir exceções instrumentais (alegação de incompetência relativa, suspeição, impedimento); pedir a revogação da justiça gratuita concedida ao autor.
- Classificação ou tipologia das defesas: Contestação: é o instrumento da defesa. A *exceção*, no sentido processual, significa *defesa* e está para o réu como a ação está para o autor. As defesas são assim classificadas:

- a) Defesa de mérito/admissibilidade: sempre que o réu discutir a possibilidade do juiz examinar o pedido, essa é uma defesa de mérito. Quando não permite sequer a possibilidade de analisar o mérito, a defesa é de admissibilidade. É uma defesa contra o processo.
- b) Objecções: as defesas em sentido lato se dividem em objeções, que são as defesas que o juiz pode conhecer *ex officio* (ex. decadência, falta de pressuposto processual, falta de condição da ação, etc.). O pagamento também é uma objeção e as *exceções em sentido estrito*, que não podem ser conhecidas de ofício (ex. decadência convencional; exceção do contrato não cumprido; compensação; direito de retenção; existência de compromisso arbitral).
- c) Exceção de pré-executividade: construção da jurisprudência para a defesa do executado. Pode-se alegar qualquer matéria, desde que possível comprová-la documentalmente.
- d) Diretas/indiretas: defesa direta é aquela em que o réu não deduz fato novo, possível em duas hipóteses: o réu nega os fatos do autor, sem trazer fato novo e quando o réu reconhece os fatos, mas nega as conseqüências jurídicas (essa segunda modalidade é chamada por alguns de *confissão qualificada*). Se a defesa é direta não haverá réplica (manifestação do autor sobre a contestação) e todo o ônus da prova é do autor, sempre uma defesa de mérito. A defesa indireta é, ao contrário, aquela em que o réu deduz fato novo, devendo o autor ser ouvido (réplica). Toda defesa de admissibilidade é indireta. O réu pode reconhecer os fatos do autor, mas traz fatos novos que o impedem, modifiquem ou o extinguem, chamada de *confissão complexa*.
- e) Peremptórias/Dilatórias: a primeira é aquela que visa aniquilar a pretensão do demandante. A dilatária tem por objetivo retardar a pretensão do autor. Peremptória de mérito: pagamento, prescrição, decadência, compensação. Peremptória de admissibilidade: carência de ação, incapacidade processual, convenção de arbitragem. Dilatórias de mérito: exceção de contrato não cumprido, direito de retenção. Dilatórias de admissibilidade: incompetência, nulidade de citação.
- Exceção substancial: é um instituto do direito material e não processual, embora traga a palavra *exceção*, que é eminentemente processual. É um contra-ataque que tem como objetivo aniquilar o direito do autor; é uma reação a uma provocação de outrem, tendo como defesa um direito. Não se confunde com reconvenção, pois esta é ação e não defesa. Na exceção substancial o réu reage; na reconvenção ele age. O réu, na exceção substancial reage utilizando outro direito. Se há um contra-direito, não se nega o direito da outra parte. Ao contrário, supõe-se aquele direito do autor, mas é apresentado outro direito que aniquila o daquele (é como se

fosse um antídoto contra o veneno) – ex. prescrição; direito de retenção; exceção de contrato não cumprido; compensação. A exceção substancial é instituto de direito material que repercute no processo, utilizado como defesa, na contestação. É sempre indireta, de mérito e pode ser peremptória ou dilatória. O art. 190 do CC surgiu para resolver o problema da compensação, ou seja, os créditos prescritos não podem ser alegados como defesa, pois prescrevem no mesmo prazo da pretensão do autor para cobrá-los. Contudo, há exceções imprescritíveis, chamadas de *exceções autônomas ou independentes*, que são direitos que só podem ser exercitados depois de uma provocação. Ex. a prescrição, que não prescreve; exceção de contrato não cumprido. Somente as exceções dependentes não prescrevem.

- Regras que orientam a elaboração da contestação:
  - a) Princípio da eventualidade ou concentração da defesa: tudo que o réu tiver que alegar na sua defesa, deve ser argüido na contestação. Porém, há matérias que podem ser alegadas fora da contestação, como a impugnação ao valor da causa; alegação de impedimento e suspeição; as hipóteses do art. 303, I, II, III, do CPC. São mitigações ao princípio da concentração da defesa.
  - b) Ônus da impugnação especificada: o réu deve impugnar especificamente cada um dos fatos trazidos pelo autor. Não pode fazer uma contestação genérica, sob pena de o fato não impugnado ser considerado como fato ocorrido (art. 302, do CPC). Mas há ressalvas, previstas no mesmo art. 302 e 302, I, c/c 213, do CC. Alguns sujeitos também estão dispensados de impugnar especificamente, conforme o art. 302, parágrafo único, do CPC (advogado dativo; MP; curador especial). Costuma-se dizer que tal privilégio se estende à Fazenda Pública, mas não encontra unanimidade na doutrina.

Observação: a contestação deve ser feita em 15 dias, contada em quádruplo quando se tratar de ente público e em dobro para defensor público, apresentada de forma escrita, com exceção dos juizados e no procedimento sumário, que pode ser oral.

## Revelia

- É um fato; não apresentação tempestiva da contestação (revelia vem de rebeldia, delinqüência, em sentido etimológico).
- Efeitos da revelia:
  - a) Confissão ficta – faz com que se presumam verdadeiras as afirmações de fato feitas pelo autor.

- b) Prosseguimento do processo sem intimação do réu.
  - c) Permite o julgamento antecipado da lide, havendo confissão ficta.
  - d) Preclusão de determinadas questões que não podem mais ser alegadas.
- Mitigação aos efeitos da revelia:
    - a) A confissão ficta só incide sobre fato, não significando que o autor vá ganhar, pois a revelia não significa a sua vitória; pode haver o fato, mas o autor pode não ter razão. É preciso que o juiz faça um juízo de verossimilhança, visto que o autor pode pretender algo absurdo. A revelia do réu não torna verdade o que alega o autor (art. 277, § 2º, do CPC). Quando o réu é revel citado por edital ou por hora certa (citações fictas), a revelia não produz efeito, pois lhe é dado curador especial.
    - b) Parágrafo único do art. 52 do CPC: o assistente poderá ser considerado gestor de negócios
    - c) Hipóteses dos artigos 320, I, II, III, 321 e 322 do CPC.
    - d) Súmula 231 do STF.

## Reconvenção

- É uma demanda, uma ação do réu contra o autor, no mesmo processo em que o réu está sendo demandado. Se o juiz indeferir a petição inicial da reconvenção, não se está negando o seguimento do processo, por isso o recurso será o de agravo de instrumento e não o de apelação. O juiz decide numa mesma sentença, podendo ter essa qualquer natureza. O réu não se torna autor na reconvenção, mas demandante, chamado de *réu-reconvinte* e o autor demandado de *autor-reconvindo* (julgado como o verbo *vir*: o correto é dizer “o réu *reconveio*”, e não *reconviu*, como se ouve por aí, nos melhores ambientes jurídicos). É possível que o autor reconvenha da reconvenção.
- A reconvenção pode trazer ao processo sujeito novo? Pode, desde que seja um terceiro em litisconsórcio com o autor.
- Requisitos para a reconvenção:
  - a) Existência de uma causa pendente: pressupõe a existência de um processo anterior.

- b) Deve ser apresentada no prazo de resposta, com observância, inclusive, do art. 188, do CPC (prazo em quádruplo para ente público). A reconvenção e a contestação serão apresentadas simultaneamente, sob pena de preclusão consumativa, em peças separadas.
  - c) Compatibilidade de procedimento: deve ser o mesmo da ação principal. Então, pergunta-se: cabe reconvenção em procedimento especial? Cabe, se se tratar de procedimento especial que, com a defesa, se transforma em ordinário. Ex. Súmula 292/STJ.
  - d) Hipótese do artigo 315, do CPC: por conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa (essa conexão aqui, em sentido mais singelo, é apenas o *ter a ver* com a ação e a defesa).
  - e) Cabimento: nos juizados especiais, por exemplo, não se admite reconvenção. No caso do procedimento sumário, não proibição expressa, nas como há a proibição de ação incidental, a doutrina entende que também não caberá reconvenção.
  - f) Interesse reconvenicional: sempre que se quiser algo, que se possa alcançar simplesmente contestando, não caberá reconvenção, por falta de interesse. Em alguns procedimentos, o legislador permite que o réu deduza contra o autor pedido no bojo da contestação (casos de ação dúplice em sentido processual, que acontece nos juizados, no sumário, nas ações possessórias), daí surgindo a pergunta: cabe reconvenção quando houver pedido contraposto? Se há pedido contraposto, não se pode reconvir se se pode formular esse pedido como pedido contraposto, ou seja, no bojo da contestação. Cabe reconvenção em ação possessória? Sim, desde que peça algo distinto daquilo que se pode pedir na contestação da possessória (proteção possessória e indenização – não pode reconvir só para isso, pois tais pedidos podem ser feitos na contestação). Cabe reconvenção em ação dúplice em sentido material? A simples contestação do réu já dá um benefício; assim, só se reconvém, em ação dúplice material, se não for possível pedir na contestação. Cabe reconvenção em ação declaratória? Cabe, desde que se peça outra coisa diferente, não possível na contestação, pois as ações declaratórias são dúplices – vide Súmula 258, do STF. Pode-se argüir compensação em reconvenção? Não, pois compensação é defesa, argüível na contestação. Porém, se da compensação resultar um crédito, pode-se pedir a diferença em reconvenção.
- Reconvenção e substituição processual: A demanda contra B, sendo este substituto processual de C. B pode reconvir? Sim, com duas considerações: a reconvenção terá que ser dirigida contra A, sendo um pedido em face de C (substituído).

## Exceções instrumentais

- Questões deduzidas separadamente (peças próprias) às contestações, gerando incidentes processuais. Impedimento, suspeição e incompetência relativa são as três exceções e suspendem o processo. As de impedimento e suspeição, quando dirigidas contra perito, promotor ou serventuário, não suspendem o processo. Ao usar a palavra *exceção*, o CPC dá a entender que somente o réu pode fazer uso delas. Mas qualquer das partes pode opor exceção de suspeição ou impedimento (seria mais correto referir-se à *arguição* e não *exceção*). A exceção de incompetência relativa só pode ser oposta pelo réu. O CPC diz que devem ser ajuizadas no prazo de 15 dias da data do fato que gerou a exceção. Contudo, quanto ao impedimento, não há prazo para se alegar. Em relação à suspeição, o juiz pode declará-la a qualquer tempo. O prazo de 15 dias, portanto, é contado para a parte. O impedimento e a suspeição podem acontecer em qualquer fase do processo. Já a incompetência relativa não acontece supervenientemente, somente naqueles 15 dias.
- Partes: quem propõe a exceção é o *excipiente*; contra quem se opõe, é chamado *excepto*. Na incompetência relativa, o excipiente é sempre o réu e o excepto é o autor; quem julga é o próprio juiz da causa, em decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento. Nos casos de impedimento e suspeição, o excipiente pode ser qualquer das partes e o excepto será *sempre* o órgão jurisdicional acusado (juiz). Sempre será decidida pelo TJ, quando o juiz não reconhecer o impedimento ou a suspeição. Neste caso, por se tratar de acórdão, não cabe agravo, mas recurso especial ou extraordinário. Pode-se argüir a suspeição ou impedimento de todo o TJ ou de sua maioria absoluta. Neste caso, quem julgará será o STF (art. 102, I, 'n', da CF). Não é possível ao TJ convocar juízes de 1º grau para impedir a subida dos autos ao STF. O próprio STF julga as exceções de impedimento ou suspeição contra os seus ministros. O ministro suspeito ou impedido não participa da votação. Se vários ministros se declararem impedidos ou suspeitos, convocam-se ministros do STJ para compor o julgamento (RISTF). O acolhimento da incompetência relativa gera a remessa ao juiz competente. No caso de impedimento ou suspeição os autos serão remetidos ao juiz substituto. Neste caso, o juiz suspeito ou impedido arca com as custas da invalidação dos atos decisórios. Barbosa Moreira tem uma concepção no sentido de que só gera a nulidade dos atos decisórios quando acolhido o impedimento. Mas não prevalece tal entendimento, pois a imparcialidade do juiz é conteúdo do *princípio do juiz natural*, causando nulidade também a suspeição.

## Providências preliminares

- Após a resposta do réu, surge uma nova fase processual, qual seja, o *saneamento* – providências tomadas pelo magistrado, para que o processo fique apto a ser nela proferida uma decisão, que são as *providências prelimi-*

nares, tomadas na *fase de saneamento ou ordenamento*. Portanto, o julgamento conforme o estado do processo é a decisão após a fase de saneamento.

- Ação declaratória incidental: toda decisão tem dois momentos: questões incidentes e questão principal. As primeiras são enfrentadas para enfrentar a segunda. O pedido é a questão principal; esse exame é feito no dispositivo. O exame incidental é feito na fundamentação. A coisa julgada torna indiscutível o dispositivo e não a fundamentação, embora haja uma tendência em não se discutir também o que foi discutido na fundamentação. Quando se diz que o juiz decidiu *incidenter tantum* quer-se dizer que ele decidiu apenas como simples fundamento. O contrário disso é o exame *principaliter tantum*, que é o exame apto a ficar imune pela coisa julgada. Já a *questão prejudicial* é uma questão prioritária em relação a outra, que subordina outra questão; é prévia a outra questão. É aquela de cuja solução depende a solução seguinte. Tanto pode ser a questão principal quanto incidental. Como se faz para que uma questão prejudicial seja a principal no processo? O autor, já na petição inicial, coloca a questão prejudicial como principal. Ou, ainda, quando a questão prejudicial, incidentalmente colocada como simples fundamento, torna-se, ao longo do processo (supervenientemente) uma questão principal. Isto é a *ação declaratória incidental*. O objetivo disso é fazer com que a análise da prejudicial faça coisa julgada. Dois pressupostos:

- a) O réu, em sua defesa, deve controverter a existência da prejudicial.
- b) O autor tem 10 dias a partir da intimação da contestação para propor a ação declaratória incidental.

Observação: se o réu propusesse a ação declaratória incidental seria, na verdade, uma reconvenção. Por isso se fala em ação declaratória incidental proposta pelo autor (art. 325, do CPC).

- Preliminar e prejudicial: ambas são questões prévias; a prejudicial é um apontamento, um indicativo de como será solucionada a questão seguinte; preliminar é um obstáculo que se tem de superar para examinar a questão seguinte.

### **Julgamento conforme o estado do processo**

- Extinção do processo sem exame de mérito (art. 267, do CPC)
- Extinção do processo com exame de mérito, em razão de auto-composição (art. 269, II, III e V, do CPC).
- Extinção do processo com exame de mérito (prescrição ou decadência – art. 269, IV, do CPC).

- Julgamento antecipado da lide (art. 330, do CPC) – baseada apenas em prova documental. É uma decisão definitiva, fundada em cognição exauriente. O juiz encurta o procedimento, eliminando a fase de produção de provas em audiência. Para o julgamento antecipado da lide não basta que ocorra a revelia (inciso II do art. 330 do CPC), mas sim os seus efeitos. Em nome do princípio da cooperação, o juiz deve intimar as partes do julgamento antecipado, embora tenha quem defenda que isso não é necessário. No julgamento antecipado, o juiz não pode julgar a causa, alegando falta de provas, pois seria incoerência, já que a parte não teve tempo de apresentá-las.
- Audiência preliminar – esta audiência não tem nada a ver com a audiência dos juizados. Tentativa de acordo entre as partes; não comparecendo as partes, nada acontece, e tem os seguintes objetivos: tentativa de conciliação; fixar os pontos controvertidos da causa; delimitar a atividade instrutória (designar audiência, designar perito, etc. – art. 125, IV, do CPC). Nas causas coletivas também cabe a audiência preliminar.
- Despacho saneador: nas causas que não admitem conciliação (ex. improbidade administrativa) ou quando a conciliação se mostra improvável, o magistrado faz o despacho saneador, decisão cujo conteúdo será dizer que o processo está regular e delimitar a instrução, fixando os pontos controvertidos (art. 331, § 3º, do CPC). A rigor, o despacho saneador não é despacho e nem saneia. É decisão interlocutória, com duas partes definidas: uma declaratória e outra constitutiva. Outra questão sobre o despacho saneador diz respeito à sua eficácia preclusiva. No despacho saneador, o juiz faz um juízo positivo de admissibilidade do processo. Uma corrente, majoritária, diz que o juiz pode reexaminar, pois não há eficácia preclusiva no despacho saneador. Outra corrente, minoritária (Barbosa Moreira, Frederico Marques, Calmon de Passos e Fredie Didier) diz que há, sim, eficácia preclusiva no despacho saneador: se o juiz decidiu, não havendo recurso, não pode mais ser discutido.
- Decisão parcial: após as providências preliminares, o juiz pode entender que haja prescrição de parte do pedido, apenas, podendo julgar o mérito da outra parte. O processo é finalizado em parte; é reduzido, ocorrendo um desmembramento do processo. Pode ser uma *decisão parcial de mérito*, ou não. É assunto novíssimo. A primeira grande questão é saber-se se trata de questão interlocutória de mérito ou sentenças parciais. Uma corrente entende ser interlocutória de mérito, pois não finaliza o processo, cabendo até mesmo ação rescisória de interlocutória. Para outros, cabe agravo de instrumento dessa decisão. Os que acham ser sentença, assim afirmam porque há julgamento de mérito. Uns dizem ser sentença parcial apelável. Outros, dizem ser uma sentença parcial agravável e, ainda outros, que dizem ser sentença parcial apelável por instrumento, visto que o processo precisa prosseguir em relação a outra parte. Com a reforma do CPC, surgiu o art. 162, § 1º, reforçando o argumento dos que defendem

tratar-se de sentença parcial. Mas não há como entender que haja sentença sem pôr fim ao processo em primeira instância.

### **Eficácia da tutela jurisdicional e execução**

- Sentença declaratória: declara a existência de uma relação jurídica (ex. ação de investigação de paternidade; ação de usucapião; ADI e ADC). É uma sentença que traz uma carga eficaz completa. Ela, por si só, já se satisfaz. Portanto, não existe, em regra, execução de sentença declaratória.
- Observação: o art. 475-N, I, do CPC, excluiu a palavra *condenatória*. Para alguns autores, algumas declaratórias (as que reconheçam obrigação), podem ser executadas (Teori Albino Zavaski). Será executada quando individuar o objeto da obrigação (ex. caso da declaração de compensação de tributo, tendo sido extinto o tributo. A empresa executou a sentença declaratória para receber o dinheiro e o ministro Teori Albino Zavaski entendeu ser cabível, abrindo precedência).
- Sentença constitutiva ou desconstitutiva: cria, modifica ou extingue uma relação jurídica (ex. ações de divórcio e separação judicial; ação de rescisão de contrato; ação de adoção, etc.). Também tem carga eficaz completa, satisfazendo-se por si só, não havendo execução de tal sentença.
- Sentença condenatória: é aquela que impõe uma obrigação, cujo descumprimento gera sanção. Essa é a classificação *ternária* de Chiovenda: fazer, pagar ou entregar. A sanção para a sentença condenatória não cumprida é a execução. Por conta do *liberalismo* (pouca intervenção do Estado na economia), proibia-se o juiz, no bojo do processo de conhecimento, emanar ordem ou proferir decisões dotadas de executoriedade, pois este ideal imaginava que a invasão da vontade alheia dependia de certeza. E esta certeza só é obtida através de processo de conhecimento completo, incluindo a execução. Técnicas da condenatória: executiva e mandamental: permitem satisfação no próprio processo de conhecimento, chamado de *execução sine intervallo* (sem intervalo – processo sincrético). Na técnica executiva usam-se medidas de sub-rogação (substituir a vontade do devedor). Na mandamental usam-se medidas de coerção (ex. multa e prisão). Além das obrigações de fazer, não fazer e dar (ou entregar) pode-se aplicar as técnicas executiva e mandamental. A novidade é que, mesmo nas obrigações de pagar, também se aplicam as técnicas referidas (art. 475-J, do CPC). Não há mais, no sistema brasileiro, execução autônoma de título executivo judicial proferido no processo civil estatal, sendo as obrigações de fazer (art. 461), entregar (art. 461-A) e pagar (art. 475, I), tuteladas dentro do próprio processo de conhecimento. No livro I, do CPC (processo de conhecimento), executa-se as seguintes sentenças fora do processo, chamados *títulos paraestatais*: sentença penal condenatória; sentença arbitral e sentença estrangeira. No livro II (execução) permanecem os títulos extrajudiciais, as execuções contra a Fazenda Pública (art. 730) e

nas ações de alimentos (art. 732/733) – nesses casos, o sistema continua como antes.

### **Tutela específica das obrigações**

- Diferentemente da tutela genérica (reparatória), a específica é o exato adimplemento da obrigação que se obteria se tivesse havido o cumprimento voluntário e espontâneo da obrigação. Ocorrem nas obrigações de fazer, não fazer e dar (entregar). Marinoni faz uma diferenciação entre tutela inibitória e remoção do ilícito (não está preocupado com o dano). A inibitória pretende evitar o ilícito (preventiva); a de remoção do ilícito tem por objetivo fazer cessar o ilícito.
- Defesa do devedor contra a tutela específica: como não há mais a figura dos embargos, o devedor se vale do seguinte: uma primeira corrente diz que deve se valer de agravo de instrumento; uma segunda corrente diz que deve o devedor juntar mera petição no processo, expondo uma defesa. Nas obrigações de dar, o devedor não dispõe mais dos embargos de retenção, no caso de benfeitoria na coisa. Hoje, para evitar a entrega da coisa, o devedor se utiliza de mera petição.
- Tutela específica contra o Poder Público: é possível que o Poder Público seja compelido a fazer, não fazer e dar. Nesses casos, seguem o mesmo regime do art. 461 e 461-A, sem o processo de execução autônomo. Somente no caso de pagar (dinheiro) é que permanece o processo de execução autônomo (art. 730). Há quem sustente que, no caso de multa, esta recaia sobre a pessoa física do administrador, mas isto é totalmente controvertido.

### **Obrigações de fazer e não fazer**

- Art. 461, *caput*, CPC: opções trazidas pelo dispositivo: tutela específica (executiva ou mandamental); obtenção do resultado prático equivalente – consiste na determinação de medidas que se aproximam do resultado que se obteria com a tutela específica. Trata-se, também, para alguns autores, de tutela específica, só que em sentido lato (Marcelo Abelha); perdas e danos – não havendo como aplicar as duas opções anteriores, a saída é condenar por perdas e danos. A correta interpretação dos arts. 249 e 251, do CC, é que as perdas e danos será a última opção.
- Observação: crítica ao art. 461, do CPC (Dinamarco) – a tutela específica é posterior à procedência do pedido, e não anterior, como sugere o dispositivo. Há possibilidade de utilização deste regime para o detentor de título executivo extrajudicial, que renuncie ao procedimento do art. 632 e segs., do CPC.

- Possibilidade do credor abrir mão da obtenção do resultado prático equivalente, em prol da tutela reparatória (art. 461, § 1º, do CPC). O autor só pode renunciar ao resultado prático equivalente, jamais a tutela específica, pois tanto o autor quanto o réu têm direito ao cumprimento da obrigação exatamente como avençado.
- Exceção à regra de que perdas e danos é a última opção: obrigações fungíveis e infungíveis (obrigação da fazer) e instantâneas e permanentes (não fazer). *Obrigações infungíveis*: interessa a pessoa, não a obrigação (ex. show de Roberto Carlos) – não há como se obter o resultado prático equivalente, razão pela qual perdas e danos é a segunda opção. *Obrigações de não fazer instantâneas – com um ato* – (ex. concessão de entrevista que estava proibida): como não tem forma de voltar atrás, as perdas e danos são a primeira opção, visto que o simples descumprimento da obrigação de não fazer já implica em dano que não pode ser especificadamente tutelado. Artigos 249, parágrafo único e 251, parágrafo único, do CC: hipótese especial de autotutela nas obrigações de fazer e não fazer.
- § 3º do art. 461, do CPC: tutela liminar (muito comum nos crimes ambientais). Possibilidade de utilização das técnicas executiva e mandamental para o cumprimento das decisões antecipatórias. Possibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício: uma primeira corrente diz não ser possível; uma segunda diz ser possível (comum no sistema previdenciário, quando o sujeito reúne os requisitos para aposentar-se). Possibilidade de concessão após audiência de justificação (804, do CPC) – é aquela realizada pelo juiz, exclusivamente, para a aferição e preenchimento dos requisitos para a concessão da liminar. A tutela antecipada genérica (273, do CPC), não é possível a realização da audiência de justificação. Na tutela do art. 461, do CPC, é possível.
- Limitação contra o Poder Público, da tutela antecipada:
  - a) Que esgotem no todo ou em parte o objeto da ação (art. 1º, da Lei 8437/92).
  - b) Que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários (Súmula 212/STJ).
  - c) Que importem reclassificação ou equiparação de servidores (Lei n. 5.021/66).
  - d) Que concedam aumento ou extensão de vantagem (art. 5º, da Lei 4348/64).
- §§ 2º, 4º e 6º do art. 461, do CPC: trata da multa, também chamada *astreinte*. A natureza da multa é coercitiva, como *meio de execução indireto*.
  - a) Destinatário: o próprio credor. Inadimplida a obrigação, a natureza coercitiva da multa transmuda-se para o caráter de sanção punitiva

pecuniária, ou seja, não cumprida a obrigação, a multa se transforma em espécie de *castigo*. Tanto é assim, que nos termos do § 2º do art. 461 a cobrança da multa pode ser efetuada sem prejuízo do recebimento das perdas e danos (ressarcitória).

- b) Não se confunde com a multa sancionatória do art. 14, V, do CPC. Essa multa tem o Estado como destinatário, através da execução fiscal (parágrafo único do art. 14 do CPC).
- c) Termo inicial da *incidência* da multa: logo após findo o prazo fixado pelo juiz para o cumprimento voluntário da obrigação.
- d) Termo inicial para a *exigibilidade* da multa: o momento a partir do qual a multa passa a ser exequível. Uma primeira corrente (Dinamarco) diz que a multa passa a ser exequível após o trânsito em julgado (não é o melhor posicionamento); uma segunda (Scarpinella, Marcelo Abelha) – a exigibilidade da multa ocorre desde o término do prazo para o cumprimento voluntário e desde que a decisão não tenha seus efeitos suspensos pelo recurso. Exceção às duas posições anteriores: art. 12, da Lei de Ação Civil Pública – a execução é só após o trânsito em julgado (artigo muito criticado pela doutrina, pois tira a eficácia da ação civil pública).
- e) Meio de cobrança da multa: execução por quantia, nos termos da Lei n. 11.232/05, inclusive sob pena de nova multa de 10%.
- f) Valor da multa: aplica-se o princípio da proporcionalidade, relevando-se o caráter coercitivo, sem que haja enriquecimento sem causa. O valor da multa pode superar o valor da obrigação.
- g) § V do art. 461 do CPC: medidas de apoio – rol exemplificativo. Servem para incentivar o devedor a cumprir a obrigação. Há controversa discussão a respeito da possibilidade, até, da prisão civil. Uma primeira corrente (majoritária) que tem como defensor o prof. Medina, é contra; a CF proíbe a prisão civil além dos dois casos de alimentos e depositário infiel; uma segunda corrente (minoritária), cujos defensores são Marinoni e Ada Pellegrini, admitem, pois entendem que a prisão não é por dívida, mas pelo descumprimento de uma decisão judicial.

## Teoria Geral da Prova

- Acepções da palavra *prova*:
  - a) Prova como fonte de prova: pessoas, coisas, fenômenos.

- b) Prova como meio de prova: modo de tirar prova da fonte e colocar no processo. Os meios de prova são ilimitados, pois no nosso sistema vigora o *princípio da liberdade dos meios de prova*. Existem os meios típicos (elencados no CPC) e atípicos (prova emprestada) – meios de provas não previstos, mas admitidos (art. 332, do CPC). O CPC, no artigo 212, elencou alguns meios de prova, mas não tem qualquer utilidade prática, por isso o nosso sistema é atípico, permitindo outros meios. O art. 212, do CC é apenas explicativo. A CF veda a utilização de provas ilícitas. A perícia, por exemplo, é um meio de prova.
- c) Prova como resultado: a convicção do magistrado, o convencimento. Essa é uma prova em sentido subjetivo.
- Poderes instrutórios do juiz: no processo civil o juiz tem amplos poderes instrutórios, pouco importado a natureza do direito discutido e independentemente da atuação das partes. Deve-se buscar, no processo, a verdade real (o que de fato aconteceu) e a verdade formal (a verdade produzida no processo). O nosso CPC adotou o princípio da verdade real, mas o processo não é instrumento para revelar a verdade, mas meio de gerar uma decisão que irá resolver um problema. A verdade não se acha, ela é construída e nem sempre é possível. *O segredo da verdade consiste em saber que não existem fatos, só histórias* (João Ubaldo Ribeiro, *Viva o Povo Brasileiro*). *Não se pode provar o que é efetivamente verdadeiro* (Macabéia, personagem de Clarice Lispector, em *A Hora da Estrela*). *Só há provas de amor; não existe o amor*.
  - Sistema de valoração da prova pelo juiz:
    - a) Sistema da prova legal – as provas são valoradas pelo legislador, cabendo ao juiz apenas aplicar a lei.
    - b) Sistema do livre convencimento – cabe ao juiz examinar caso a caso. Pode ser puro, não precisando dar as razões do seu convencimento (pouco utilizado, sobrevivendo apenas no júri). Pode ser, também, o livre convencimento motivado ou da persuasão racional, onde o juiz deve expor as razões que o levaram a decidir desta ou daquela forma (é o adotado pelo CPC – art. 131), mas é um livre convencimento motivado e temperado, havendo aí alguns instrumentos de controle: exigência de motivação; exigência de contraditório e recurso; ainda remanescem regras de prova legal, limitadoras do livre convencimento do juiz; regras da natureza e da experiência; racionalidade – o juiz só pode fundamentar com argumentos racionais, não pode decidir com base em fé, não podendo acolher testemunho espiritual, embora existam precedentes no Brasil. Prova de fé é ilícita, pois o Estado é laico e insuscetível de contraditório.
  - Prova e contraditório: o direito fundamental à prova é o conteúdo do contraditório. Consiste no seguinte:

- a) Direito de produzir prova.
  - b) Direito de participar da produção de prova (art. 431-A, do CPC).
  - c) Manifestar-se sobre a prova produzida.
- Objeto da prova: são as alegações de fato feitas pelas partes. Hoje, o objeto da prova é o fato probando, que tem três características:
    - a) Determinado: delimitado no tempo e no espaço.
    - b) Controvertido: fato sob o qual há controvérsia sobre a sua existência. Não será objeto de prova o fato incontroverso.
    - c) Relevante.
  - Não é somente o fato jurídico que pode ser provado, mas todos, inclusive os fatos simples (cor do automóvel, tipo de roupa, etc.). O direito positivo também pode ser objeto de prova. Existem fatos que independem de prova (art. 334, I e IV, do CPC):
    - a) Fato notório – aquele que já aconteceu e que em um dado momento histórico e em uma dada comunidade, é considerado de conhecimento de todos (é sempre relativo – vide art. 334, I a IV, do CPC).
    - b) Fato afirmado e confessado pela parte contrária.
    - c) Em cujo favor milita presunção legal.
  - Máximas da experiência: são regras extraídas da observação daquilo que ordinariamente acontece (gravidez; mosquito em água parada; lei da gravidade; marcas no pescoço, etc.). São juízos formulados após experiência, que projetam para o futuro. Não há decisão que não se valha das regras da experiência, que tem as seguintes funções:
    - a) Servem como limite do livre convencimento motivado.
    - b) Auxiliam o juiz no confronto das provas.
    - c) Ajuda o juiz a prender conceitos jurídicos indeterminados (ex. preço vil).
    - d) Servem como suporte das presunções.
  - Indício: origem de dedo (indicador); dígito. O indício aponta. É um fato que, uma vez provado, leva a outro. Se liga a outro de tal modo que, se provado, presume que outro aconteceu. Serve como base da presunção. O indício é um fato, objeto da prova. Mas também é meio de prova, tem característica híbrida. A prova indiciária é uma prova indireta.

- Presunção: é a conclusão de um raciocínio, ter por ocorrido um determinado fato. Não é meio de prova. Presunção é fim; é o resultado do pensamento. Quando a presunção é meio de prova, trata-se, na verdade, de um indício. Duas espécies:

a) Legal: presunção feita pelo legislador (na verdade é uma lei que deve ser aplicada). Neste caso, o juiz não precisa valorar nada. Pode ser absoluta (não admite prova em contrário) e relativa (admite prova em contrário). *Iure et de iure* e *iuris tantum*, respectivamente. Ex. absoluta: autorização do cônjuge para contrair dívida; impedimento do juiz; registro da penhora de um imóvel averbada, presume que todos têm conhecimento da penhora.

b) Judicial: o que o juiz, através dos indícios, faz no caso concreto. Pode ser *hominis* (de homem) e simples.

Observação: existe uma expressão desenvolvida na Alemanha: *prova prima facie*, que é uma prova por presunção judicial, que se funda num indício comum, chamado fato típico. O dano moral, por exemplo, se prova por presunção (vide art. 230, do CC) – diz que a prova indiciária não se admite nos casos em que não se admitir as provas testemunhais. O art. 232, do CC, autoriza uma presunção judicial do fato (nem haveria necessidade, pois a presunção judicial não precisa ser prevista) – vide Súmula 301, do STJ – exame de DNA.

- Ônus da prova: três características:
  - a) Atribui a responsabilidade pela falta da prova. Não se identifica quem vai ou quem deve produzir a prova, mas quem arcará com as conseqüências da não produção dela.
  - b) Regras de julgamento – aplicadas no momento da sentença. São regras de aplicação subsidiária, não havendo mais como produzir provas. É possível a convenção sobre o ônus da prova (art. 333, do CPC).
- Prova diabólica: é chamada de prova impossível ou extremamente difícil, mais comum nos fatos negativos (ex. prova de que não se possui outro imóvel). Mas nem sempre a prova de fato negativo é diabólica. O nosso Código adotou a *teoria estática sobre o ônus da prova*. *A priori* já disse quais são as regras do ônus da prova: os fatos alegados pelo autor ou réu devem ser provados. Vem surgindo a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, que diz que o ônus da prova cabe a quem, no caso concreto, tiver mais condição de se desincumbir dele. Tem como corolário o direito fundamental da igualdade e da tutela adequada. Os argentinos chamam de *cargas probatórias dinâmicas*. O CDC criou a regra de inversão do ônus da prova em causas de consumo, de hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das suas alegações, permitindo, assim, uma redistribuição dinâmica do ônus da prova, mas sempre a favor do consumidor. O

juiz não pode inverter o ônus da prova na sentença, somente ao longo do processo. No art. 38 do CDC existe uma regra estática do ônus da prova.

## Teoria da decisão

- Sentença: utilizada em dois sentidos bastante diferentes: como gênero, significando qualquer decisão judicial. Também é o nome que se dá a uma espécie de decisão judicial. Será sentença o que tiver conteúdo de sentença (art. 162, § 1º, do CPC). Para outros, sentença é o ato do juiz que encerra uma fase do procedimento (certificação, liquidação, executiva). De acordo com esse entendimento, o processo pode ter três sentenças: de conhecimento, de liquidação, de execução.
- Decisão como norma jurídica: fixa a norma jurídica do caso concreto. Para Marinoni, o juiz, ao sentenciar, cria, também, uma regra geral pra o caso específico. O juiz cria norma do geral para o particular (dedução) e também do particular para o geral (indução). A norma concreta está no dispositivo, enquanto a norma geral está na fundamentação, cujo nome é *ratio decidendi* com o que a doutrina chama de *obter dictum*, que são os acessórios e as observações pessoais da decisão.
- Elementos da decisão judicial:
  - a) Relatório: trata-se do histórico daquilo que de relevante aconteceu no processo.
  - b) Fundamentação: (ou motivação) – exigência constitucional (art. 93, IX). Intimamente relacionada com os princípios da publicidade e do contraditório. Exerce funções, segundo Taruffo, endoprocessual e extraprocessual. A primeira, dentro do processo, para que as partes possam recorrer e para que o tribunal possa verificar se deve, ou não, manter a decisão. A segunda, fora do processo, permite o controle de qualquer do povo. A natureza jurídica da decisão sem motivação é discutida à luz de duas correntes: para uma primeira, defendida por Taruffo, diz que a decisão sem motivação é inexistente, pois seria pressuposto da jurisdicionalidade; uma segunda corrente diz que a decisão é nula, ou seja, existe com defeito (prevalece este entendimento). Costuma-se dizer, com razão, que a coisa julgada não recai sobre a motivação. Atualmente, o direito brasileiro vem atribuindo aos precedentes uma força vinculante considerável.
  - c) Dispositivo (conclusão) – onde o magistrado fixa a norma do caso concreto, decidindo o objeto do processo. Acontece, às vezes, do dispositivo da decisão ser fracionado, formando um feixe, conjunto, de decisões, chamado de *capítulo de sentença*. A sentença pode ser anulada parcialmente, fazendo coisa julgada, também, parcialmente, recaído a nulidade ou a coisa julgada apenas em relação a um capítulo

(vide capítulos de sentença, de Cândido Dinamarco). Sentenças objetivamente complexas são aquelas que têm mais de um capítulo. Sentença subjetivamente complexa é a decisão judicial que é produto de mais de um órgão jurisdicional (ex. júri: o júri condena e o juiz dosa a pena). Sentença terminativa é a que não examina o mérito. Sentença definitiva é a que examina o mérito. Sentença determinativa tem vários sentidos: as sentenças que cuidam de relações jurídicas continuativas (que se prolongam no tempo. Ex. filiação, guarda, alimentos, etc.). Sempre que houver discricionariedade judicial. Há uma divisão entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. No primeiro caso, não se fala em discricionariedade (ex. preço vil). Já as cláusulas gerais, que também são compostos por conceitos indeterminados, permitem que o juiz atue com discricionariedade. Tais decisões, que contenham cláusulas gerais, são determinativas.

- Requisitos da sentença:
  - a) Congruência: (perfeição) externa: a decisão deve ser congruente com a petição, exigência do contraditório, visto que a parte só pode ser condenada por aquilo que manifestou. Os vícios de congruência externa são: *ultra petita* (exagero – o juiz dá mais do que foi pedido); *extra petita* (invenção – dá o que não foi pedido); *citra petita* (esquecimento – o juiz deixa de examinar algo necessário). As duas primeiras são nulas, a terceira se divide em dois tipos: a *citra petita* que não examinou um pedido é, em relação a esse pedido, inexistente. Por isso, o pedido deduzido não examinado pode ser renovado, pois não há sentença e, portanto, também não há coisa julgada. A sentença também é *citra petita* quando deixa de examinar os fundamentos do pedido. Neste caso, a sentença será nula, pois apreciou o pedido, mas não considerou a fundamentação. A congruência interna da decisão quer dizer que esta não pode ser contraditória.
  - b) Clareza: a decisão deve ser inteligível, clara.
  - c) Certeza: a decisão precisa certificar; não pode ser duvidosa; não pode dar margem a dúvidas sobre o que está dito (parágrafo único do art. 460, do CPC).
  - d) Líquida: deve dizer se deve, a quem se deve (credor), quem deve (devedor), o que se deve (objeto) e quanto se deve. É a sentença que cria uma norma concreta completa. Nos juizados especiais, todas as sentenças devem ser líquidas. A exigência das sentenças líquidas serve para executá-las imediatamente. Mas em nosso sistema há casos de decisões ilíquidas, nas seguintes situações: pode a sentença ser ilíquida se o pedido for ilíquido (art. 459, parágrafo único, do CPC e Súmula 318, do STJ); a sentença coletiva, envolvendo direitos individuais homogêneos, é ilíquida também em relação a quem se deve, pois as vítimas não são identificadas. Porém, uma sentença jamais deixará de dizer *se deve*. Assim, liquidar uma sentença e preencher o conteúdo do

elemento faltante. É uma certificação complementar. É possível que, na apuração do quantum o juiz chegue à conclusão de que o dano é zero? Se não há dano algum, não deveria nem mesmo haver condenação. Revela que o juiz proferiu uma sentença incerta. É uma decisão patológica. A existência do dano deve ser apurada no processo originário, pois a existência do dano é pressuposto da condenação, do *se deve*. Mas há caso de liquidação com dano zero, que é possível nos casos de sentença coletiva. Nas causas individuais nunca será possível a liquidação com dano zero. Há três tipos de liquidação: fase de liquidação (a regra) será decidida, encerrada, por uma sentença agravável (art. 475, 'h', do CPC); processo de liquidação – será objeto de um processo novo, instaurado para isso (ex. liquidação de sentença penal condenatória, liquidação de sentença arbitral; liquidação incidente – dentro da fase executiva (ex. execução para entrega de coisa que pereceu).

- Decisão e fato superveniente: se entre a postulação e a decisão sobrevém um fato que pode interferir na solução da causa, esse fato deve ser levado em consideração? Deve, pois o juiz faz justiça na data da decisão (vide art. 462, do CPC – aplicável em qualquer instância, sob o crivo do contraditório).
- Conteúdo das sentenças:
  - a) Condenatória: certifica a existência de um direito a uma prestação e determina as providências para que seja efetivado.
  - b) Constitutiva: reconhece a existência de um direito potestativo e determina-se a modificação jurídica desejada.
  - c) Declaratória: reconhece a existência ou inexistência de uma situação jurídica ou falsidade de um documento.
- Efeitos da sentença:
  - a) Principais: é o que decorre do conteúdo da sentença. O efeito principal de uma sentença condenatória é permitir a instauração de uma atividade executiva; numa sentença constitutiva, o seu efeito principal é a nova situação jurídica; na declaratória, é a certeza.
  - b) Anexos: (secundários ou de fato) – são efeitos da sentença que não decorrem do seu conteúdo, do que foi decidido. Decorrem da sentença que é encarada como um fato e não como um ato. O efeito anexo é o que a sentença produz por força de lei, automático, que independe do seu conteúdo ou da manifestação do juiz. Independe do pedido da parte; é um efeito necessário (ex. sentença de separação judicial produz a separação de corpos; perempção – três extinções do processo por abandono – a terceira sentença que extinguiu por abandono gera por efeito anexo a perempção, proibindo a volta a juízo); hipoteca ju-

diciária; condenação do réu a entregar uma coisa ou pagar uma quantia gera uma sentença que se torna título para hipotecar o imóvel do réu, mesmo que caiba recurso. O título da hipoteca é uma sentença e não um contrato (vide art. 466-A e parágrafo único, do CPC).

- Retratabilidade da sentença: uma vez publicada a decisão, o juiz não pode rever o que for decidido (regra). Mas há situações em que se permite ao magistrado rever o que se decidiu, retratando-se:
  - a) Quando houver erro material.
  - b) Ao acolher embargos de declaração.
  - c) Na apelação contra sentença que indefere a petição inicial.
  - d) Sentenças proferidas à luz do procedimento do ECA.

### Coisa julgada

- Acepções: há três grandes correntes que tentam explicar a coisa julgada:
  - a) Corrente alemã: (Ovídio, Pontes de Miranda, Araken de Assis) - entende a coisa julgada como efeito da sentença, mais precisamente do seu elemento declaratório.
  - b) Corrente de Liebman: prevalece na Escola Paulista de Direito Processual – a coisa julgada não é efeito da sentença, mas a indiscutibilidade dos efeitos da sentença; a coisa julgada é a qualidade dos efeitos da sentença.
  - c) Corrente de Barbosa Moreira: a coisa julgada não é efeito nem qualidade da sentença, mas uma qualidade do conteúdo da sentença; é a indiscutibilidade do que foi decidido, do conteúdo da decisão judicial (ex. sentença de divórcio).
- Diferença entre coisa julgada formal e material:
  - a) Coisa julgada formal: indiscutibilidade da decisão no processo. Na verdade, uma preclusão. É o trânsito em julgado.
  - b) Coisa julgada material: indiscutibilidade da decisão dentro e fora do processo. Para haver coisa julgada material é preciso que haja coisa julgada formal. Esta é um pressuposto daquela.
- Pressupostos da coisa julgada:
  - a) Coisa julgada formal.

- b) Decisão de mérito (obs. Coisa julgada progressiva é aquela que acontece ao longo do processo, de forma parcial. A rescisória conta-se (o prazo) a partir da última coisa julgada (definição do STJ).
  - c) Cognição exauriente – a decisão de mérito deve ser definitiva.
- Efeitos da coisa julgada:
  - a) Efeito negativo ou impeditivo: impede nova decisão sobre o que foi decidido.
  - b) Efeito positivo: coisa julgada como fundamento do pedido (ex. execução da sentença). O segundo juiz leva em consideração o que já foi decidido.
  - c) Eficácia preclusiva da coisa julgada: a coisa julgada torna preclusa a possibilidade de se alegar o que não se alegou no processo. Aquilo que poderia ter sido deduzido, reputa-se deduzido e repellido (art. 474, do CPC). Há uma divergência: uma primeira corrente entende que a eficácia preclusiva não atinge outras causas de pedir não deduzidas (Barbosa Moreira – prevalece); uma segunda corrente diz que a eficácia preclusiva atinge também outras causas de pedir (Araken de Assis).
- Regime jurídico da coisa julgada: é o perfil dogmático da coisa julgada.
  - a) Limites subjetivos: *inter partes* (quem participa do processo); *ultra partes* (vincula outras pessoas que não participaram do processo – ex. coisa julgada coletiva para direitos coletivos, art. 103, II, do CDC); *erga omnes* (atinge a todos) – ex. coisa julgada em ação popular, ação coletiva envolvendo direitos difusos e individuais homogêneos – art. 103, I, III, do CDC.
  - b) Limites objetivos: não se discute o dispositivo da decisão. A fundamentação pode ser discutida. Questão prejudicial decidida como simples fundamento não faz coisa julgada (art. 469, do CPC). *Pro et contra*: a coisa julgada ocorre independentemente do resultado; *secundum eventum lites*: a coisa julgada só ocorre se houver procedência (ex. coisa julgada coletiva para direitos individuais homogêneos); *secundum eventum probationis*: é *pro et contra*, só que se a improcedência for por falta de prova, não haverá coisa julgada (ex. MS, ação popular, ação coletiva para direitos difusos e coletivos e investigação de paternidade – a jurisprudência considera como coisa julgada *secundum eventum probationis*, embora seja *pro et contra*).
- Coisa julgada e relações jurídicas continuativas: aquela que se projeta no tempo. A sentença fica sujeita a fatos supervenientes. *A sentença em ação de alimentos faz coisa julgada.*

- Fundamento da coisa julgada: em nome da segurança jurídica. É uma opção política. Garantia contra o exercício abusivo do poder. A possibilidade de correção de erro material a qualquer tempo é uma mitigação da coisa julgada, assim como a rescisória e a *querela nulitatis*. É a reunião da coisa julgada por critério atípico (Cândido Dinamarco, José Delgado e Humberto Theodoro). Foram contra a relativização atípica da coisa julgada: Nelson Nery, Barbosa Moreira, Marinoni, Leonardo Grego, etc.

### Antecipação da tutela

- Distinção entre tutela antecipada e cautelar: tutela preventiva é aquela que tem por objetivo impedir a consumação de um ilícito ou de um dano. As duas tutelas (cautelar e antecipada), são preventivas.
- Tutela de urgência: diz respeito à tutela preventiva que pressupõe a existência de perigo. As tutelas não se distinguem nesse ponto.
- Tutela provisória: fundada em cognição sumária e, portanto, precisa de uma confirmação posterior. Nesse ponto também não se distinguem.
- Tutela e conseqüências irreversíveis: tem a ver com as conseqüências da decisão.
- Satisfatividade: quando a decisão reconhece ou efetiva um direito material. A tutela antecipada é satisfativa. A tutela cautelar, não. Esta é eminentemente de proteção, de segurança. Esta é a diferença entre as tutelas cautelar e antecipada. Esta é a antecipação dos *efeitos* de uma futura decisão favorável. A cautelar protege os efeitos da sentença; cria condições para que os efeitos possam ser implementados depois. É preciso distinguir execução da segurança de segurança da execução: a primeira é tutela antecipada; a segunda é tutela cautelar.
- As cautelares satisfativas decorrem do fenômeno forense da deturpação da tutela cautelar. Em 1994 o CPC foi alterado para incluir a tutela antecipada no procedimento comum. Antes, só era prevista no procedimento especial. A tutela antecipada foi generalizada (art. 273 e 461, § 3º). Esses dois artigos formam um sistema, chamado *poder geral de antecipação*. O artigo 461, § 3º, cuida das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa. O artigo 273 cuida de quantia, ação declaratória e ação constitutiva. A tutela antecipada em ação declaratória e constitutiva é cabível e consiste na antecipação dos efeitos de futura declaração e futura constituição (obs. *modus in rebus* = adequação da força à situação).
- A medida cautelar pode ser concedida dentro de um processo não cautelar (art. 273, § 7º). A doutrina, porém, diz que esse parágrafo só deve ser aplicado em casos de dúvida entre se é cautelar ou antecipada.

- Há fungibilidade de *mão dupla* entre um pedido cautelar e tutela antecipada? Ou seja, é possível pedir cautelar e o juiz conceder tutela antecipada? O contrário é possível (art. 273, § 7º). Só é possível a tutela quando se pede cautelar quando tratar-se de processo de conhecimento. Para Dinamarco é sempre possível. Didier chama de *fungibilidade regressiva* (da tutela para a cautelar) e *fungibilidade progressiva* (da cautelar para a tutela antecipada). O estudo da antecipação da tutela tem três momentos: CPC/73; reforma de 1994 e reforma de 2006, acrescentando o § 7º ao art. 273.
- Liminar e tutela antecipada: a primeira é a decisão dada sem ouvir o réu. A tutela pode, ou não, ser liminar. Na prática, liminar é tudo o que se decide antes da sentença.
- Legitimidade para requerer tutela antecipada: não cabe tutela antecipada *ex officio*. Deve haver requerimento da parte. Pode requerê-la o autor. O MP pode ser parte ou *custus legis*. Como parte, pode pedir tutela antecipada. Como fiscal da lei, só pode pedir tutela antecipada em favor de incapaz. Em causas que envolvem incapaz, segundo Didier, o MP não é *custus legis*, mas assistente do incapaz e, portanto, por isso, e só por isso, pode pedir a tutela antecipada. Já o réu, reconvindo, pode pedir tutela antecipada. Se há pedido contraposto, também pode o réu pedir tutela antecipada. Se a ação é dúplice (possessória, por exemplo) também é cabível a tutela antecipada pedida pelo réu. Se o réu só contestou, também pode pedir tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos; pede a antecipação dos efeitos da improcedência.
- Resolução parcial de mérito (art. 273, § 6º). A doutrina majoritária entende que, nesse caso (§ 6º) trata-se de uma decisão definitiva. Dinamarco diz que se trata, mesmo, de tutela antecipada, mas nenhum dos seus requisitos se aplica (não dá para entender). Marinoni, responsável pela introdução do § 6º do art. 273 do CPC, entende que hoje trata-se da tutela antecipada, contradizendo seu pensamento inicial.
- Requisitos gerais da tutela antecipada:
  - a) Prova inequívoca.
  - b) Verossimilhança.
  - c) Reversibilidade.
- Requisitos alternativos da tutela antecipada (ao menos um deve ser preenchido):
  - a) Perigo da demora.
  - b) Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

- Verossimilhança: juízo de probabilidade fundado em prova inequívoca (produzida regularmente, idônea, em contraditório). A inequívocidade da prova tem a ver com a sua produção.
- Há quem entenda que a tutela fundada em perigo é uma tutela cautelar.
- Tutela antecipada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório – aqui não há urgência ou risco da demora. A tutela, aqui, funciona como sanção, é punitiva. Não é possível antes da citação do réu e não pode ser liminar.
- Abuso do direito de defesa é qualquer conduta relacionada a contestação, que se encaixa como litigância de má-fé (ex. defesa contra texto expresso de lei). Já o manifesto propósito protelatório está relacionado a qualquer conduta processual temerária – é mais amplo.
- Efetivação da tutela antecipada: § 3º do art. 273, do CPC: a execução da tutela antecipada não gera processo novo; acontece no mesmo processo em que a tutela antecipada foi proferida. Duas regras: remete-se à execução provisória da sentença (o artigo remete ao artigo 582, do CPC, mas este foi revogado, valendo, hoje, o art. 475-O, do CPC) – as regras da tutela antecipada são as da execução provisória.
- Corre sob responsabilidade objetiva do requerente (todos os prejuízos causados à outra parte haverão de ser ressarcidos em responsabilidade objetiva, independentemente de culpa).
- É possível ir até o final na execução provisória. Se houver levantamento de dinheiro, alienação de domínio ou qualquer outro ato que importe grave dano ao executado, é preciso que haja caução por parte do exequente.
- Casos em que a lei dispensa a caução:
  - a) Créditos de natureza alimentar ou atos decorrentes de atos ilícitos, até o valor de 60 salários mínimos (art. 475-O).
  - b) Pendência de agravo de instrumento no STJ ou STF, para a subida do recurso especial ou extraordinário.
- O art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, estabelece o que se chama *poder geral de execução* - determina o juiz medidas adequadas para efetivar a medida, aplicando-se também à tutela antecipada.
- Tutela antecipada contra a Fazenda Pública: é cabível tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando for para pagar quantia; nas obrigações de fazer e não fazer; para dar coisa e nas ações declaratórias e constitutivas. Para pagar quantia se submete ao regime de precatório (art. 100, da CF). Mas as dívidas de pequeno valor não se submetem a precatório.

Sempre houve lei que mitigasse a tutela para pagar quantia contra a Fazenda Pública, a exemplo das Leis 4348/64; 5021/66; 8437/92. Esta última sofre a ADI 223-6. A seguir, veio a importante Lei 9494/97, que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. A ADC n. 04 veio para declarar a inconstitucionalidade da Lei 9494/97. Em 2003 o STF editou a Súmula 729, dizendo que a decisão na ADC n. 04 não atinge causas de natureza previdenciária, cabendo tutela antecipada previdenciária contra a Fazenda Pública.

- Na entrega de coisa, vide o art. 928, parágrafo único, do CPC (Lei 2.270/56).
- Nas ações declaratórias e constitutivas contra a Fazenda Pública há, no Código Tributário Nacional, duas regras que cuidam do tema: art. 170-A (não incide antecipação de tutela para fins de compensação); art. 151, V (cabe tutela antecipada como hipótese de suspensão do crédito tributário).

## Recursos

- Há três meios de impugnação das decisões judiciais: os recursos, as ações autônomas de impugnação e os sucedâneos recursais (fazem às vezes de). As ações autônomas dão origem a um novo processo com o fim de *impugnar decisão judicial* (ex. ação rescisória, MS contra ato judicial, HC, que-rela, etc.). Os sucedâneos são, por exemplo, a remessa necessária, a correição parcial, o pedido de suspensão de segurança, etc. O recurso é um meio de impugnação previsto em lei. É um remédio voluntário, exigindo manifestação do interessado. Não se fala em recurso *ex officio*. No mesmo processo se recorre, não dando origem a processo novo, prolongando a vida do já existente. Com ele, busca-se a reforma, a invalidação, a integração ou esclarecimento de uma decisão judicial. O recurso é uma demanda, com um pedido diferente do feito na inicial. O mérito da causa é um, o do recurso é outro.
- Reformar uma decisão é corrigi-la, aprimorá-la. O TJ dará uma nova decisão para corrigir a anterior. O recurso para reformar é uma causa que se funda no *error in iudicando*, erro de análise do juiz aventada pelo recorrente. Quando se pede a invalidação da decisão, pede-se que seja ela desconstituída, desfeita, invalidada. Esse é um pedido que se funda no *error in procedendo* (defeito da decisão). Se a decisão é *errada*, trata-se de *error in iudicando*; se a decisão é *nula*, trata-se de *error in procedendo*.
- Pede-se a *integração* da decisão quando for ela omissa, freqüente nos embargos de declaração. Pede-se o *esclarecimento* quando for a decisão obscura ou contraditória, também feito nos EDCL.

- Atos sujeitos a recursos: as decisões judiciais se dividem em dois grupos: as de juiz e as de tribunal. As de juiz se dividem em interlocutórias e sentenças. As de tribunal se dividem em monocráticas e os acórdãos (proferidos pelo colegiado). As monocráticas se dividem em duas: as proferidas pelo relator e as proferidas pelo presidente ou vice-presidente do tribunal.
- Contra interlocutórias: agravo de instrumento (arts. 524 e 527, do CPC); agravo retido (arts. 522 e 523, do CPC).
- Contra sentença: apelação (art. 513, do CPC).
- Observação: não é qualquer agravo que cabe contra interlocutória, mas apenas os acima referidos. Convém lembrar a distinção atual entre interlocutória e sentença. Para uns, interlocutória não encerra o procedimento; para outros, interlocutória é a que não tem conteúdo de sentença. Sentença é a que encerra o procedimento. Nos juizados especiais, as interlocutórias são agraváveis; nos juizados federais, só cabe agravo se a decisão interlocutória conceder tutela de urgência. Ainda nos juizados, contra sentença não cabe apelação, mas *recurso*, simplesmente *recurso*.
- Observação 2: a Lei de Execução Fiscal (6830/80) prevê que a sentença de mais ou menos 500,00 é impugnável por embargos infringentes (não o previsto no CPC), mais conhecido como *embargos infringentes de alçada*, ou *embarguinhos*.
- Observação 3: existe uma causa que se chama *causa internacional* - pessoa residente no país ou município brasileiro contra Estado estrangeiro ou organismo internacional. O recurso nessas causas é chamado de *recurso ordinário constitucional* – ROC, tanto das interlocutórias quanto sentenças.
- Observação 4: a Lei de Assistência Judiciária (1.060, art. 17) – cabe apelação das decisões que concede ou nega a justiça gratuita. Nesses casos, aplica-se o princípio da fungibilidade dos recursos. Araken de Assis diz que algumas decisões da LAJ são tomadas em autos apartados (nesse caso cabe apelação); quando tomada nos mesmos autos, cabe agravo.
- Observação 5: há, hoje, até possibilidade de *sentenças agraváveis*: a que decreta a falência (a que não decreta é apelável); sentença que julga liquidação de sentença (art. 475-H, do CPC).

As decisões nos tribunais:

- Monocráticas (Relator): cabe agravo interno ou regimental; submete ao colegiado a decisão do relator. Há, de um tempo para cá, manifestações legais e jurisprudenciais, no sentido de não se admitir agravo regimental contra decisão de relator que não encerra o processo (vide Súmula 622, do STF). A Lei 8038/90 regula o processo no STJ e no STF e, no seu art. 39, aduz que de decisão de relator que causar gravame à parte, caberá agravo

para o órgão especial, em 5 dias. Há decisões afirmando que o art. 39 é geral, aplicável em qualquer tribunal, razão pela qual a Súmula 622, do STF, viola esta Lei.

- Decisões de presidente ou vice: cabe agravo (art. 39, da Lei 8038); e o agravo do art. 544, do CPC, para destrancar recurso especial ou extraordinário; o agravo do pedido de suspensão de segurança; agravo da homologação de sentença estrangeira pelo vice do STJ.
- Observação: o agravo só é cabível de decisão proferida por uma só pessoa; *jamaiz* cabe contra acórdão. Contra o acórdão, há cinco recursos: especial e extraordinário; embargos infringentes; recurso ordinário constitucional e embargos de divergência.
- Observação 2: cabem embargos de declaração contra qualquer decisão. O STF não admite EDCL contra decisão de relator. São 16 recursos previstos em nosso sistema processual civil.
- Classificação dos recursos:
  - a) Recursos parciais e totais: há duas acepções: Dinamarco (total é o que abrange toda a decisão e parcial é o que abrange parte da decisão); Barbosa Moreira (o recurso é total quando se impugna tudo quanto pode ser impugnado; é parcial quando impugna apenas parte do que poderia ser impugnado). Quando o recurso é parcial, o capítulo não recorrido transita em julgado. O *cite-se*, para Barbosa Moreira, é agravável.
  - b) Recursos de fundamentação livre e vinculada: a primeira classificação (livre) é a que pode trazer causa de pedir aberta, alegando contra a decisão qualquer coisa (apelação, agravo, embargos infringentes, etc.), de fundamentação vinculada é o recurso que só pode alegar determinados vícios da decisão, havendo restrição da lei, de fundamentação típica (embargos de declaração, recurso especial e extraordinário). Na elaboração do recurso, o recorrente tem de apontar o vício que a lei enumera. Alegando um dos vícios, saber se o vício ocorreu, ou não, é uma questão de mérito.

#### Juízo de admissibilidade

- Todo ato postulatório é ato que se submete a um duplo juízo, pelo magistrado. Primeiro, observa se pode examinar o que foi pedido. Sendo possível, verifica se há possibilidade de acolher o que foi pedido. Juízo de admissibilidade é, então, a possibilidade de se examinar o que foi pedido. O juízo de mérito é posterior e diz respeito ao próprio pedido. No primeiro momento, conhece-se, ou não, do recurso. No segundo, dar-se ou nega-se provimento.

- O recurso deve ser interposto no órgão *a quo* (o que proferiu a decisão recorrida), em regra. O órgão *ad quem* é o que julgará o recurso; é o órgão de destino. Em regra, a interposição do recurso, aqui no Brasil, submete-se a um duplo controle: *a quo* e *ad quem*. Sempre que o juízo *a quo* negar seguimento a um recurso, caberá um outro recurso contra tal decisão, pois a última palavra deve ser do *ad quem*. O agravo de instrumento é uma exceção, pois é interposto no órgão *ad quem*, não havendo juízo duplo de admissibilidade.
- Natureza jurídica do juízo de admissibilidade: de um modo geral, prevalece o entendimento de que o juízo de admissibilidade é declaratório, seja positivo ou negativo (Barbosa Moreira). Para Didier, o juízo negativo é desconstitutivo, não declaratório. Sobre a eficácia retroativa do juízo de admissibilidade negativo há três correntes:
  - a) Barbosa Moreira: tem eficácia retroativa.
  - b) O juízo de admissibilidade não tem eficácia retroativa, salvo em duas situações; a síntese dessa corrente está na Súmula n. 100, do TST, ou seja, sendo o recurso inadmissível ou intempestivo, haverá retroação.
  - c) Para o STJ, nunca haverá retroação, em nome da segurança jurídica. Prevalece a última decisão; o trânsito em julgado só acontece quando da última decisão.
- Objeto do juízo de admissibilidade ou requisitos de admissibilidade dos recursos:
  - a) Intrínsecos: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fatos impeditivos ou extintivos (para Nelson Nery, é extrínseco).
  - b) Extrínsecos: tempestividade, regularidade formal, preparo.
- Cabimento: a decisão é recorrível? O recurso interposto é o correto? São as duas perguntas a serem feitas para o exame do cabimento. Aqui, aparecem três princípios: o da taxatividade (só há os recursos previstos em lei); o da singularidade ou unirrecorribilidade (cada decisão deve ser impugnada com um recurso de cada vez) - muito aplicado em primeira instância; o da fungibilidade (um recurso indevidamente interposto pode ser aproveitado como se fosse o correto, não havendo erro grosseiro e interposto no prazo – CPC de 39. Embora não previsto no CPC atual expressamente, aplica-se como decorrência do princípio da instrumentalidade das formas).
- Legitimidade: quem pode recorrer? Nosso Código optou por uma legitimidade tríplice: as partes (todo sujeito que está no processo agindo em contraditório); o MP (como fiscal da lei, *custus legis* – vide Súmula 99/STJ); o terceiro prejudicado (o que não está no processo, mas poderia estar).

Contudo, o que poderia ser oponente e não foi, não pode recorrer como terceiro, visto que por ser parte suprimiria uma instância, ingressando diretamente no tribunal. Para Alexandre Câmara, o que poderia ser oponente apenas recorreria se fosse para anular a decisão. O recurso de terceiro é caso de intervenção de terceiro e seu prazo é o mesmo das partes.

- Interesse: segue a mesma linha do interesse para propor ação: deve ser útil e necessário. É preciso que o recorrente demonstre que aquele recurso passe a lhe trazer alguma utilidade e demonstre que é ele o meio necessário para lhe trazer tal utilidade. De um modo geral, os autores relacionam o interesse recursal com a sucumbência. Mas não é bem assim. Como exemplo, o terceiro, embora não sucumba, não deixa de ter interesse recursal. Na situação de coisa julgada *secundum eventum probationis* (não há coisa julgada se a improcedência for por falta de provas), o réu pode recorrer para mudar a fundamentação, pois neste caso há interesse recursal.
- Inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer:
  - a) Desistência: revogação do recurso. Parte-se do pressuposto de que já houve interposição do recurso. Independe de homologação judicial ou de anuência da outra parte. Pode-se desistir do recurso até o início de sua votação.
  - b) Renúncia: pressupõe que o recurso não tenha sido interposto. Independe de homologação e anuência da outra parte. A renúncia atinge o direito de recorrer.
  - c) Aceitação: se se aceita a decisão, não pode haver recurso contra ela. Pode ser tácita ou expressa.
  - d) Tempestividade: o recurso deve ser interposto dentro do prazo que, como regra, é de 15 dias (exceção do agravo, com prazo de 10 dias e os EDCL e agravo regimental, com 5 dias). São prazos dobrados para o MP e o Poder Público e para quem está sendo representado por Defensor Público. Também tem prazo em dobro no caso de litisconsortes com advogados diferentes (vide Súmula 641, do STF). Outra regra de prazo está no art. 507, do CPC. O recurso prematuro ou precoce é o ajuizado antes do início do prazo. Por incrível que pareça, o STF entende que o recurso precoce é intempestivo, quando o mais correto seria aceitá-lo por ter o recorrente se dado por intimado. O recurso por fax (ou e-mail) é autorizado por lei, dando prazo de 5 dias contados da data do envio do fax para apresentar o original (Lei 9.800/99). Súmula 256/STJ: não admite o *protocolo integrado*, ou *descentralizado*. Outro entendimento lamentável. Os recursos ao STJ só podem ser protocolados no próprio tribunal. A Súmula é de agosto de 2001. Em dezembro de 2001 o CPC, no art. 547, parágrafo único, permitiu a descentralização do protocolo. Mesmo assim, o STJ mantém o absurdo, mesmo sendo a Súmula ilegal. Em fevereiro de 2006, o STF, por

unanimidade, disse que o protocolo descentralizado serve para ele (Informativo de 2 a 6 de outubro de 2006).

- e) Regularidade formal: o recurso deve obedecer a algumas formalidades: escrito (exceção do EDCL nos Juizados e o retido contra decisão proferida em audiência). Relacionado à regularidade formal, está o princípio da dialeticidade recursal, ou seja, o recurso deve ter fundamentação, sob pena de ser inadmissível.
- f) Preparo: pagamento das despesas relacionadas ao processamento do recurso. Tais despesas englobam os custos + portes de remessa e de retorno dos autos. Devem ser pagas antes da interposição do recurso, devendo ser comprovado na interposição. Preparo insuficiente é aquele que foi feito, mas não integralmente, não gerando inadmissibilidade de pronto, mas somente se o recorrente, intimado para completá-lo, não o fizer. Duas exceções para se comprovar o preparo após a interposição: nos Juizados (48 horas após a interposição do recurso); na justiça federal (5 dias após a interposição do recurso para se fazer o preparo – art. 14, da Lei 9289/96); existem recursos que não exigem preparo: EDCL, agravo interno ou regimental, agravo retido, embargos infringentes de alçada, recursos no ECA, agravo do art. 544, do CPC. Sujeitos dispensados de fazer preparo: entes públicos; o MP e o beneficiário da justiça gratuita.

Efeitos dos recursos: impedir o trânsito em julgado (para Barbosa Moreira, recurso inadmissível não impede o trânsito em julgado; para a corrente majoritária, recurso intempestivo e incabível não impede o trânsito em julgado).

- Efeito suspensivo: suspende os efeitos da decisão recorrida; obsta a produção de efeitos; os recursos brasileiros têm, em regra, efeitos suspensivos; a doutrina mais rigorosa diz que o efeito suspensivo do recurso é apenas o de prolongar a ineficácia da decisão, pois a simples recorribilidade da decisão já demonstra sua ineficácia.
- Efeito regressivo ou de retratação: permite que o magistrado reconsidere sua decisão, como no agravo de instrumento, o retido, o do art. 544, a apelação no ECA, a apelação contra sentença que indefere a petição inicial.
- Efeito expansivo-subjetivo: possibilidade de que a interposição de um recurso expanda seus efeitos para outros sujeitos – ex. nos EDCL, nos recursos interpostos por um litisconsorte unitário que aproveite ao outro litisconsorte.
- Efeito substitutivo: pressupõe que o recurso tenha sido conhecido; o que não foi conhecido não substitui; quando a decisão do recurso substitui a decisão recorrida, há efeito substitutivo. Quando o tribunal mantém a decisão, ele a assume como se fosse sua, havendo também aí o efeito substitutivo. Se o TJ der provimento ao recurso, se por *error in procedendo*, não

haverá efeito substitutivo, pois é um caso de anulação (a única hipótese em que o julgamento de mérito não substitui).

- **Devolutivo:** segundo Barbosa Moreira, *extensão*. Faz com que a matéria impugnada seja devolvida ao exame do Poder Judiciário. Está relacionado com o que foi impugnado. É manifestação do princípio dispositivo. O efeito devolutivo determina *o quê* o tribunal deverá decidir, relacionado à questão principal do recurso.
- **Translativo:** segundo Barbosa Moreira, *profundidade*. Translada ao órgão *ad quem* o exame das questões que compõem a fundamentação do recurso. Determina *com o quê* o tribunal lidará para decidir sobre as questões impugnadas. As questões sobem por força de lei, por manifestação do princípio inquisitivo. Sobem pelo efeito translativo todas as questões suscitadas e que o juiz não as tenham examinado, assim como as questões de ordem pública. O efeito devolutivo bitola o translativo (Fredie Didier). (Obs. Art. 515, *caput* – efeito devolutivo; art. 515, § 1º - efeito translativo; art. 515, § 2º - efeito translativo).

## Dos recursos em espécie

### APELAÇÃO

- Prazo: 15 dias.
- Invocação em matéria fática na apelação – é possível alegar questões de fato novas, desde que superveniente; também podem ser alegados fatos antigos, mas que não se tinha conhecimento (art. 517, do CPC).
- Julgamento do mérito direto pelo tribunal (art. 515, § 3º, do CPC). Quatro pressupostos:
  - a) A apelação deve ser provida.
  - b) A apelação deve ser *error in iudicando* (para reformar e o próprio tribunal julga o mérito).
  - c) Versar questões exclusivamente de direito e em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura).
  - d) O pedido do apelante de aplicação do § 3º do art. 515 do CPC. O § 4º do art. 515 do CPC: trata da correção das falhas processuais pelo tribunal. Ex. não tendo sido ouvido o MP, o TJ determina a sua manifestação, sanando a falha. Decisão com base em Súmulas do STJ/STF não admite apelação (Súmula impeditiva de recurso – art. 518 do CPC). Somente o STF tem súmula vinculante, de obrigatório acolhimento (em junho de 2007, três Súmulas foram editadas – as primeiras – as

quais dizem respeito à competência exclusiva da União para tratar de questões referentes a bingos; sobre FGTS e, também, sobre o contraditório em processos administrativos no TCU). Se a Súmula disser respeito apenas à parte da apelação, será ela recebida parcialmente. Se a apelação é para discutir a *aplicação da súmula*, a apelação será recebida; o que não se pode é discutir a *tese sumulada*. Se a apelação é para anular a decisão, também poderá ser recebida.

- e) Efeito suspensivo: em regra, tem esse efeito a apelação. Exceções: art. 520, I, II, IV, V (aberração legislativa). Hoje, só se admite embargos à execução de título extrajudicial e contra a Fazenda Pública; os embargos à execução não suspendem automaticamente a execução, a menos que exista penhora; sempre se disse que a execução de título extrajudicial é definitiva; a rejeição dos embargos tem efeitos automáticos, voltando a correr a execução. A Lei 11.382/06 cometeu o seguinte: art. 587, do CPC mudou tudo (inclusive a Súmula 317, do STJ) – se o exequente ganhar os embargos, a execução tornar-se-á provisória (absurdo!!). Ou seja, ao ganhar, o exequente piora sua situação. Uma execução que era definitiva (extrajudicial), passa a ser provisória.
- f) Art. 520, VI – não tem efeito suspensivo.
- g) Art. 520, VII – apelação contra sentença que revoga a tutela antecipada também não tem efeito suspensivo (doutrina); aplica-se, por analogia, a Súmula n. 405/STF, que cuida do MS.

Observação: na interdição, nas sentenças que concedem MS e HD, nas sentenças em ações coletivas e em ação de despejo, podem ser executadas independentemente de apelação – sem efeito suspensivo. No ECA, a apelação tem prazo de 10 dias.

## EMBARGOS DECLARATÓRIOS

- Prazo: 5 dias.
- Competência: julgados pelo mesmo órgão que proferiu a decisão embargada.
- Natureza jurídica da decisão que julga os EDCL: tem a mesma natureza da decisão embargada.
- Cabimento: contra qualquer decisão, inclusive interlocutória (o STF entende que não cabem EDCL contra decisão do relator). Tem fundamentação vinculada, ou seja, cabível nos casos de obscuridade, contradição e omissão. Há três situações em que a omissão é embargável:
  - a) O juiz se omite em relação a um pedido.

- b) O juiz se omite no exame de uma questão suscitada.
- c) Em relação a uma questão de ordem pública (poderia ter sido reconhecida *ex officio*), mesmo que não haja sido suscitada.
- A jurisprudência admite EDCL por decisão *ultra* ou *extra petita* ou por erro material.
- A Lei dos Juizados prevê uma quarta hipótese de cabimento de EDCL: quando houver dúvida (absurdo!!) – não existe dúvida em decisão; dúvida quem tem é o homem; a decisão *gera, causa* dúvida.
- A CLT prevê outra hipótese de cabimento de EDCL: quando houver equívoco no exame dos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos recursos (tempestividade, preparo e regularidade formal) – art. 897-A, da CLT.
- Efeito modificativo dos EDCL: altera a decisão embargada. Alguns doutrinadores chamam de *EDCL com efeito infringente*. Acontece nos casos de contradição e omissão. A jurisprudência passou a exigir o contraditório quando os embargos puderem ter efeitos modificativos. A parte pode alterar o recurso se a decisão recorrida tiver sido alterada pelos EDCL – *princípio da complementariedade*. Os EDCL interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, salvo se forem intempestivos ou inadmissíveis. Nos juizados especiais, ao invés de interromperem, os EDCL suspendem o prazo e podem ser orais.
- Observação: o STF entendeu que nos Juizados Especiais os EDCL contra acórdão de turma recursal *interrompem* o prazo.
- Observação 2: os EDCL protelatórios (art. 538, do CPC), são punidos com multa de 1% (um por cento). Se reiterados, a multa pode chegar a 10% (dez por cento), que será depositada antes da interposição de outro recurso.

#### EMBARGOS INFRINGENTES – art. 530, do CPC.

- Prazo: 15 dias.
- Cabimento: contra acórdão não unânime.
- Objetivo: tendo em vista a existência de um voto vencido, fazer com que ele prevaleça. Mas só cabem embargos infringentes contra acórdão não unânime em julgamento de apelação que tenha reformado sentença de mérito e contra acórdão de julgamento de rescisória.

- Problemas:
  - a) Não cabem embargos infringentes em mandado de segurança (Súmula 169/STJ e 597/STF).
  - b) Não cabem embargos infringentes em falência (Súmula 88/STJ).
  - c) Não cabem embargos infringentes em reclamação constitucional (Súmula 368/STF).
  - d) Não cabem embargos infringentes em Juizados Especiais.
  - e) Embargos infringentes e reexame necessário: segundo Barbosa Moreira e a Súmula 77/TRF, cabem EI em reexame necessário.
  - f) Não cabem EI em julgamento de acórdão que julgou EI.
  - g) EI e voto médio (todos condenam, por exemplo, mas divergem apenas na quantificação – prevalece o voto médio, aquele que foi proferido e está entre os extremos). Nestes casos, os EI são também cabíveis, *tanto para aumentar quanto para diminuir a quantia*.
  - h) Cabem EI em julgamento de EDCL? Como a natureza dos EDCL é a mesma da decisão embargada, pode ser de apelação ou rescisória e, preenchendo os requisitos, são cabíveis os EI.
  - i) Súmula 255/STJ: *cabem EI contra acórdão proferido por maioria em agravo retido quando se tratar de exame de mérito*.
  - j) EI contra acórdão de agravo regimental (interno): o julgamento do agravo interno contra decisão do relator que julgou monocraticamente uma apelação, tem natureza de julgamento de apelação, sendo, por isso, cabíveis os EI, desde que preenchidos os requisitos.
  - k) Os embargos de divergência só cabem contra acórdão de recurso especial e extraordinário. Se o agravo interno for em recurso especial ou extraordinário caberão os embargos de divergência e não os embargos infringentes (Súmula 316/STJ).
  - l) Relação entre os EI e o recurso extraordinário do STF: na via ordinária, os EI são a última possibilidade. O recurso especial só pode ser utilizado depois de esgotada a via ordinária. Não se admite *per saltum*. Um acórdão com uma parte unânime e outra não unânime pode gerar um recurso extraordinário da parte unânime e os EI para a não unânime. Nessa parte não unânime, pode ainda gerar outro recurso extraordinário, após o julgamento dos EI. Quando tal situação acontecer, é recomendável que se interponha primeiro os EI. Somente após o seu julgamento, recorrer-se-á contra todo o acórdão, para se evitar a

interposição de dois recursos ao mesmo tempo (vide art. 498, do CPC).

#### AGRAVOS (RETIDO E POR INSTRUMENTO)

- Retido: é o agravo que é interposto, mas não processado, ficando na dependência de uma confirmação posterior pelo recorrente na apelação da sentença ou nas contra-razões de apelação da sentença ou nas contra-razões de apelação da sentença. Não há necessidade de preparo e permite o juízo de retratação e interposto perante o juízo *a quo*.
- Espécies: *oral*, contra decisões proferidas em audiência, interpostos imediatamente; *escrito*, contra decisão interlocutória escrita (prazo de 10 dias para a interposição). Não há possibilidade da parte optar pelo retido ou por instrumento.
- Três regras determinam os casos de agravo de instrumento:
  - a) Se houver urgência – quando a decisão interlocutória causar um grave dano, lesão grave ou de difícil reparação e decisões em antecipação de tutela.
  - b) Quando a lei disser, com ou sem urgência: decisão que não recebe a apelação; decisão que recebe a apelação em efeitos diversos; decisão que admite petição inicial de improbidade administrativa; decisão que julga liquidação de sentença.
  - c) Quando o agravo retido for incompatível com a situação. Ex. decisão proferida em execução é sempre combatida como o agravo de instrumento.
- Decisões impugnáveis por agravo retido:
  - a) Decisão em matéria de prova.
  - b) Decisão sobre pressuposto processual.
- Peculiaridades do agravo de instrumento:
  - a) Prazo: 10 dias – interposto diretamente no órgão *ad quem*. O instrumento é o conjunto de documentos formados pelo agravante, com o objetivo de informar o TJ o que está acontecendo na ação originária. O próprio advogado do agravante pode reputar autênticas as peças juntadas. A jurisprudência, além das peças previstas em lei, diz que também é obrigatória a peça essencial à compreensão da controvérsia (isso leva os advogados a reproduzirem integralmente os autos da 1ª instância + a certidão de intimação). Após três dias da interposição do

agravo de instrumento o agravante deve juntar a cópia do protocolo do agravo e a relação dos documentos juntados; se provado pelo agravado a não juntada, o TJ não conhecerá do agravo. A princípio, não tem efeito suspensivo, mas o agravante pode pedir a concessão de efeito suspensivo da decisão agravada. Sendo negativa a decisão agravada (ex. nega antecipação de tutela), também gera o efeito suspensivo para suspender a negação, concedendo o que lhe havia sido negado – é o chamado *efeito suspensivo ativo* (ativa o que se negou anteriormente); mas hoje se utiliza outra terminologia: *antecipação da tutela recursal*.

## RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS – REsp/STJ e RE/STF.

- O termo *recursos extraordinários* (ou excepcionais ou de supervisão) é gênero, do qual são espécies o REsp e o RE.
- Características comuns aos recursos especiais e extraordinários:
  - a) Exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias.
  - b) Não têm efeito suspensivo (permitem a execução provisória da decisão impugnada). São interpostos no TJ de origem, que faz, através do seu presidente, o juízo de admissibilidade. O STF diz que, enquanto não for feito o juízo de admissibilidade na origem, cabe ao presidente do TJ local atribuir efeito suspensivo ao recurso, se for o caso. Caso o juízo de admissibilidade tiver sido feito na origem, compete ao STJ ou STF atribuir, ou não, efeito suspensivo (Súmula 634 e 635, do STF).
  - c) Tem efeito devolutivo restrito: o RE/STF é de fundamentação vinculada constitucional, restringindo a discussão à questão de direito. O REsp/STJ restringe-se às questões de direito federal. Não há possibilidade de reexame de questão de fato, nem, conseqüentemente, o reexame de prova (Súmula 07/STJ); não se admite pedido de interpretação de cláusula contratual (Súmula 05/STJ) – Obs: é possível os recursos extraordinários para discutir o direito probatório, embora não possa se discutir provas – ex. Súmula 149/STJ. Às vezes, a interpretação de uma cláusula contratual é indispensável para que se determine qual a lei que rege aquele contrato. Neste caso, caberá REsp (ex. Súmula 293/STJ).
  - d) O prequestionamento é uma etapa a ser vencida no exame de admissibilidade dos recursos extraordinários. É exigência determinada pela locução *causas decididas*, trazida pela CF. Três correntes para explicar o prequestionamento: a primeira, diz que se trata de uma conduta do recorrente (tem que haver suscitado antes a matéria; prequestionar é *questionar antes*); a segunda, entende que é um ato conjunto da parte e do TJ, que deverá ter se manifestado sobre a questão. Além de susci-

tada a matéria, o TJ deve sobre ela se manifestar; a terceira diz que é apenas a exigência constitucional de que a questão suscitada no recurso tenha sido examinada pelo tribunal recorrido.

Observação: havendo suscitação e o TJ não se manifestar, cabe EDCL. Se o TJ continuar calado, o STF entende que houve prequestionamento (Súmula 253) – é o chamado *prequestionamento ficto*. Contudo, o STJ entende que se o TJ se cala, mesmo após os EDCL, não haverá prequestionamento, não podendo a parte interpor REsp (Súmula 211). Solução do próprio STJ: Cabe o recurso especial para anular a decisão do TJ que se calou. Anulada, o TJ é obrigado a se manifestar. Depois, interpõe-se outro recurso especial para discutir a matéria antes não manifestada pelo TJ (é um absurdo processual! É quase uma piada!).

- O STJ entende que os EDCL com intuito de prequestionamento não tem caráter protelatório.
- Análise da Súmula 456/STF: (Importante!) - Sendo os recursos extraordinários admitidos, não haverá qualquer extraordinariedade. O extraordinário, nos recursos extraordinários, é a sua admissibilidade, que encontra diversos obstáculos. Isso superado, o que acontece? É o que abaixo se verá, na interpretação da Súmula 456, do STF. Os livros, geralmente, só trazem o tema *admissibilidade dos RE*. Mas se esquecem de explicar o que acontecerá após serem eles admitidos. Sendo eles conhecidos, o tribunal superior terá de julgar a causa, significando, inclusive, o reexame das provas e dos fatos, embora não se possa admitir o recurso interposto com o fim específico de reexame de provas ou de fatos. Porém, após admitidos, o STJ ou STF terá de fazer tal reexame, pois é impossível *rejulgar* uma causa sem reexaminar fatos e provas.
- Não se interpõe recurso extraordinário alegando questão nova, que não foi suscitada antes (prequestionamento). Mas, sendo o recurso extraordinário conhecido, a jurisdição se abre, podendo o STF ou STJ conhecer de questão de ordem pública (ex. prescrição). Após o conhecimento do recurso extraordinário, aplica-se a Súmula 456, do STJ. Prequestionamento é antes do conhecimento. Após, pode-se reexaminar questões proibidas.

#### Recursos extraordinários retidos

- Contra acórdão de agravo de instrumento cabem recursos extraordinário ou especial. Neste caso, os recursos ficam retidos. Se a decisão interlocutória tiver sido proferida em execução, não há retenção. Também não haverá retenção se se tratar de tutela antecipada. Para *destravar* os recursos especial e extraordinário retidos nos autos, cabível será a ação cautelar. O momento para reiterar o recurso que ficou retido será quando não houver mais possibilidade de discussão na instância ordinária (no momento dos EI - § 3º do art. 542 do CPC).

## RECURSO ESPECIAL

- Só cabível contra acórdão de TJ ou de TRF (não cabe no âmbito dos Juizados Especiais – art. 105, III, da CF).
- Observação: tratado que discute sobre direitos humanos, aprovado com quorum qualificado, tem força de norma constitucional, portanto impugnável por meio de recurso extraordinário, no STF.
- Observação 2: a Súmula 400, do STF não mais se aplica, pois não interpretar razoavelmente a lei é contrariá-la, cabendo recurso extraordinário (vide alíneas do art. 105, da CF). No caso da letra 'c' do art. 105, III, é preciso fazer o que o STF chama de *confronto analítico* entre a norma alegada e a norma paradigma, sob pena de não se admitir o recurso especial.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Tem cabimento mais amplo, desde que a decisão seja a última, inclusive nos Juizados Especiais, Justiça Trabalhista, Eleitoral e, até mesmo, de decisão de juiz monocrático (Súmula 640, do STF). Em decisões administrativas não cabe recurso extraordinário ou contra acórdão que defere medida liminar (Súmulas 733 e 735, do STF).
- Vide art. 102, III e alíneas, da CF (contrariedade, ofensa *direta* à Constituição, cabe recurso extraordinário. Se a ofensa for reflexa, indireta ou oblíqua contra a CF, não cabe o RE. Para o STF, ofensa indireta é aquela que, para ser constatada, precisa primeiro analisar a lei federal – ex. Súmula 636/STF).

### Problemas atuais:

- Objetivação do recurso extraordinário: o controle difuso de constitucionalidade está sendo objetivado (passando a ter efeitos além das partes), parecidas com as do controle abstrato ou concentrado. Quando o STF examina a constitucionalidade da lei em controle difuso (ou concreto), o faz como se no concentrado ou abstrato, sendo que seus efeitos acabam sendo vinculantes e *erga omnes*.
- Argumentos para justificar a objetivação do RE (é o RE o meio mais eficaz de se discutir, no STF, o controle difuso de constitucionalidade):
  - a) HC que discutiu a constitucionalidade dos crimes hediondos (embora controle difuso, acabou tendo eficácia *erga omnes*).
  - b) Art. 321, § 5º, do RISTF.

- Grau de força das decisões constitucionais do STF:
  - a) Turma do STF – menor grau de estabilidade
  - b) Pleno do STF.
  - c) Súmula vinculante.
  - d) ADI, ADC ou ADPF – maior grau (coisa julgada e não se admite rescisória e vincula a todos) – maior estabilidade.
- Repercussão geral do recurso extraordinário (§ 3º do art. 102 da CF): só cabe RE se o recorrente demonstrar que o que se discute no RE projeta-se para além dele, pois o *controle difuso está se objetivando*, não tendo mais as suas decisões *efeitos inter partes*, mas *erga omnes*. Para o STF dizer que não há repercussão geral, necessita-se de 08 (oito) votos no Pleno (Obs. Vide artigos 543-A e 543-B, do CPC – Importantes!!).