

Eletrônico



Estratégia
CONCURSOS

Rodadas (regular)

Curso Demonstrativo Procuradoria

Sumário

Temas para Magistratura	2
Questões Objetivas Comentadas	138
Questões Subjetivas Comentadas.....	218
Considerações Finais	277



RODADAS DE TEMAS PARA MAGISTRATURA

DIREITO CONSTITUCIONAL

Olá pessoal!

Aqui quem fala é **Jean Vilbert**, fessor do Estratégia Carreira Jurídica Direito Constitucional e Humanística. Para conversarmos hoje, escolhi dois tópicos quentes (neoconstitucionalismo e reserva do possível), os quais ora ou outra repicam em prova, exigindo uma maior “sintonia” dos candidatos, considerando serem assuntos da atualidade um tanto mais aprofundados. É por isso que vamos partir para cima deles. *SIMBORA!*

TEMA 1 - NEOCONSTITUCIONALISMO

Alguns autores consideram que o constitucionalismo contemporâneo (atual) deve ser chamado de neoconstitucionalismo. Seu nascedouro, após a 2ª Guerra Mundial, justifica-se porque no ínterim do combate foram cometidas atrocidades inconcebíveis... e pior: estavam todas amparadas na lei (a Alemanha tinha uma das legislações humanitárias mais avançadas do mundo à época), o que colocou em cheque o positivismo jurídico. O remédio para tal mal, segundo se entendeu, foi admitir que não basta positivar certa regra no ordenamento jurídico; para que tenham validade, as normas precisam possuir conteúdo moral.

Essas ideias surgem no **pós-positivismo**, modelo considerado marco filosófico (base, fundamento) do neoconstitucionalismo, tendo como teses centrais: **(a)** a normatividade dos princípios; **(b)** a centralidade da argumentação jurídica; e **(c)** a ligação necessária entre direito e moral. Seus maiores expoentes são Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Vamos aprofundar!

Pós-Positivismo

Enquanto a Europa buscava reconstruir-se da destruição completa imposta pela 2ª Guerra Mundial, os juristas também catavam cavaco para entender o que é que havia acontecido, isto é, como o Direito houvera permitido tamanhas atrocidades? É assim que surge o **pós-positivismo**, considerado uma terceira via entre o JUSNATURALISMO (que defende a existência de um direito



natural) e o JUSPOSITIVISMO (império da lei positiva) – não nega os avanços do passado, mas busca conciliar ambas as concepções, propondo um modelo pretensamente mais equilibrado (científico, mas não amoral).

CONCEPÇÕES JUSFILOSÓFICAS:

a) **JUSNATURALISMO** = há uma **dualidade** entre direito positivo (humano) e direito natural (divino ou racional). Os direitos naturais são *anteriores ao Estado e dizem respeito ao ser-humano enquanto tal* (leis não escritas, imutáveis, eternas, superiores aos ordenamentos escritos). Esses direitos evoluíram para compor o núcleo do que modernamente chamamos de dignidade humana (os caracteres que definem o homem como homem).

b) **POSITIVISMO JURÍDICO** = não há uma conexão necessária entre direito e moral. Os positivistas defendem uma insularidade da ciência jurídica em relação às demais ciências, em especial a ética e a política (princípio da autonomia). **NÃO** interessa se o direito é justo (*dura lex sede lex*).

+ positivismo exclusivo = exclui qualquer possibilidade de se incorporar argumentos morais ao direito.

+ positivismo inclusivo = a incorporação de argumentos morais é possível, mas não necessária (relação contingente).

c) **PÓS-POSITIVISMO** = defende a existência de uma relação necessária entre direito e moral (Robert **Alexy** e Robert **Dworkin**).

+ tese forte = os defeitos morais sempre devem ter como efeito a perda da validade jurídica – o direito injusto não é válido, de maneira que prevalecem os argumentos morais (jusnaturalismo ou não-positivismo exclusivo).

+ tese fraca = apenas quando o direito for **extremamente injusto** (intolerável) ele perde a sua validade jurídica – o direito absurdamente injusto não é direito = fórmula de **Radbruch** (pós-positivismo ou não-positivismo inclusivo).



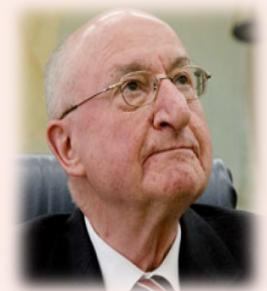
Quem é que nunca ouviu falar do jusfilósofo austríaco **Hans Kelsen** (1881-1973)? Para ele, o direito é um sistema de regras. Por isso, o problema do direito (em viés científico) é de técnica social, não de avaliação moral, que permita qualificar a ordem como boa ou justa. A justiça é um julgamento subjetivo de VALOR. Há, certamente, uma tendência ideológica de dar aparência de justiça ao direito positivo, precisamente na busca de justificar uma dada ordem social. Só que essa tendência é política, não científica.

Gustav Radbruch (1848-1949). publicou “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” (1945), uma dura crítica ao positivismo jurídico, que o destacaria como **exponente do pós-positivismo**. Ele busca conciliar justiça com segurança jurídica. A rigor, mesmo as normas injustas devem manter seu caráter jurídico (impondo obediência). Contudo, em casos extremos, de norma insuportavelmente injusta, a juridicidade se esvairá, conclamando a população à desobediência.



A obra “*Levando os direitos a sério*” (1977), de **Ronald Myles Dworkin** (1931-2013), é uma das mais importantes do cenário jurídico atual. A primeira premissa do pensamento dworkiniano é que o direito deve ser visto como um instrumento de justiça (condição de bem-estar dos indivíduos), cuja fonte é social e de natureza argumentativa – está enraizado em preceitos morais. Logo, o juízo jurídico não pode ser feito sem o juízo moral e o juiz **NÃO** se encontrar amarrado à lei – a legalidade estrita pode ser afastada quando se antepuser à justiça.

Robert Alexy (1945-) é talvez o maior jusfilósofo vivo. Para ele, o sistema jurídico mantém intrínseca relação com a moral e, por conseguinte, com a justiça, de sorte que as normas injustas perdem seu caráter jurídico. Do contrário, qual seria a diferença entre as normas estatais e as regras estabelecidas por uma associação criminosa? Os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção não são sistemas jurídicos. A legitimidade das emanações estatais baseia-se na crença de que são corretas ou, pelo menos, buscam atingir a correção.



De maneira mais técnica, o pós-positivismo é composto por TRÊS **facet**as: (a) **metodologia de estudo** (pós-positivismo metodológico); (b) **ideológica** (pós-positivismo ético); e (c) **teoria jurídica** (pós-positivismo teórico). Vamos a elas.

Pós-Positivismo metodológico

O pós-positivismo metodológico **questiona a separação entre prescrição (dever ser) e descrição (ser)**. Logo, a teoria jurídica deve ser capaz de não só criar, mas aplicar o direito; deve não apenas



descrever (elemento cognoscitivo), mas também prescrever (elemento volitivo); deve não só observar (ponto de vista externo), mas também participar (ponto de vista interno), ou seja, deve oferecer critérios adequados para a resolução prática de problemas jurídico-constitucionais.

Caráter descritivo = descreve as mudanças no modelo de Constituição e Estado.

Caráter prescritivo = prescreve mecanismos hábeis a operar o novo modelo de Constituição e Estado.

Essa característica se afasta da visão metodológica imperante na metodologia positivista, em que o jurista (cientista) devia ficar distante do objeto de estudo, apenas descrevendo o direito, sem qualquer pretensão de alterá-lo, torná-lo “melhor”.

POSITIVISMO METODOLÓGICO	PÓS-POSITIVISMO METODOLÓGICO
A ciência do direito deve ter uma função meramente descritiva (princípio da neutralidade). O papel da ciência jurídica é dizer como o direito é (descritivo) e não dizer como o direito deveria ser (prescritivo).	O direito deve ter não só um caráter descritivo, como também prescritivo. Não há como se esquecer dos valores morais (visão valorativa).

Pós-Positivismo ético

Nas linhas do **pós-positivismo ético**, a segurança jurídica (tutelada pelo positivismo) pode ser afastada excepcionalmente em nome da justiça (visão jusnaturalista): “o direito extremamente injusto não é direito”. Há aqui uma **pretensão de correção**, uma preocupação com que o ordenamento jurídico tenha um mínimo de justiça material.

A grande questão é sempre o que é justiça, conceito que pode ser um tanto, digamos, subjetivo (varia de pessoa para pessoa).

A **ideia de justiça** NÃO se confunde (não pode se confundir) com o **sentimento do justo**. O **sentimento** é intuitivo, cultivado desde os primeiros anos de vida e ampliado pelos valores culturais, sociais, religiosos adquiridos com o passar do tempo. Já a **ideia** é fruto de profunda reflexão, em um raciocínio que conjuga a experiência com a razão.

Não por outra razão, alguns autores entendem **que a ideia de justiça não pode ser abstrata e deveria ser tomada em cada caso concreto**, de acordo com as contingências (algo pode ser justo em uma hipótese e injusto em outra) – o *intuicionismo* nega a viabilidade de existir um princípio geral de justiça, acreditando ser impossível estabelecer um critério norteador que possa valer para todos os casos. Há, por outro lado, a crítica de autores como John Rawls: se nos rendermos ao casuismo, será impossível definir objetivamente (com segurança) as intuições corretas das incorretas. Ao cabo, teremos não uma teoria sobre a justiça, mas, em todo e qualquer caso,



impressões pessoais (subjetivas) sobre o justo. Teremos menos filósofos e mais palpiteiros gerais de plantão.

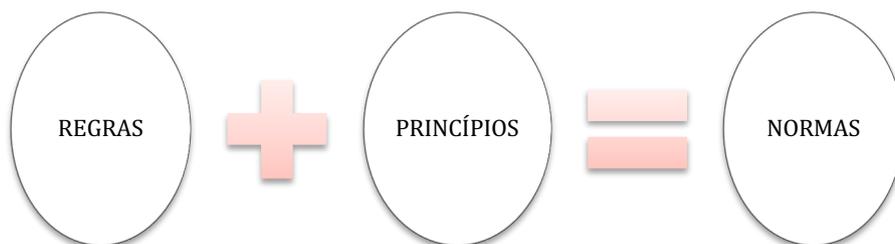
Resta a nós, então, dedicar-se com afinco a estudar as teorias de justiça que já foram propostas pelo pensamento jurídico-filosófico, até que possamos construir nosso entendimento sobre a ideia de justiça, que impactará decisivamente (de modo positivo) em nosso sentimento sobre o justo. Há muitas teorias, que podem ser estudadas a bom tempo.

Pós-Positivismo teórico

O **pós-positivismo teórico** prescreve TRÊS revisões ao modelo positivista:

a) fontes: substituição do legicentrismo juspositivista pela centralidade da Constituição. Ademais, os princípios gerais do direito, consagrados na Constituição, deixam de ser método de integração para serem alçados ao topo do ordenamento jurídico (passam a ser “os maiores”).

b) normas = há o abandono do modelo no qual as normas são obrigatórias, ao passo que os princípios são apenas diretrizes informativas e integrativas. Na nova sistemática, os princípios, junto com as regras, são espécies do gênero norma.



c) interpretação = as complexidades para solucionar casos difíceis exigem novos cânones interpretativos (argumentação jurídica e pela ponderação) – a subsunção (norma = premissa maior; fato = premissa menor) é o modo de aplicação da lei. Acontece que em alguns casos é preciso uma etapa intermediária denominada ponderação (ex: privacidade x direito de publicidade = subsunção a duas normas ☹ ponderação para verificar qual terá maior peso).

Dito isso, agora sim é possível ingressar mais especificamente no **NEOCONSTITUCIONALISMO**.

Neoconstitucionalismo

O **neoconstitucionalismo** é o modelo de organização jurídico-política adotado no constitucionalismo contemporâneo. Suas **CARACTERÍSTICAS** (e decorrência) são:

→ Força normativa da Constituição

Ainda que muitas vezes a constituição escrita acabe sucumbindo diante da realidade, isso não afasta o fato de que possui uma **força normativa** capaz de condicionar a própria realidade, desde que exista uma “vontade de constituição”, e não apenas uma vontade de poder. “ainda que em certos casos a Constituição escrita não seja capaz de conformar a realidade, ela possui uma força normativa que, muitas vezes é capaz de conformá-la (a realidade, o que acontece na prática, os fatores reais de poder). Para isso, basta que exista vontade de Constituição e não apenas vontade de poder”. Temos aqui a teoria de Konrad Hesse.

A Constituição real e a Constituição jurídica, destarte, possuem uma relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, embora não dependam exclusivamente uma da outra.

→ Superioridade da Constituição

A Constituição é a principal norma do ordenamento jurídico, **ápice** da pirâmide normativa.

A Constituição possui **supremacia formal**, relacionada à rigidez constitucional, característica exclusiva das Constituições cujo processo de elaboração é mais dificultoso que o das leis infraconstitucionais. E ainda **supremacia material**, relacionada ao conteúdo – as normas constitucionais tratam de assuntos considerados essenciais: direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes.

→ Rematerialização das Constituições

A partir da consagração dignidade da pessoa humana como núcleo das constituições, os direitos fundamentais, cujo âmbito se amplia dia após dia (extenso rol em constituições prolixas), passam a ditar as escolhas políticas e diretrizes do Estado.

Destacam-se aqui: **(a)** a consagração da dignidade da pessoa humana como valor supremo; **(b)** a rematerialização das constituições, com rol extenso de direitos fundamentais; **(c)** a força normativa da Constituição (não se trata de mera carta política de intenções, mas norma prevalente).



CONSTITUIÇÕES PROLIXAS

O texto constitucional passa a ser extenso ou expansivo, procurando regular situações que poderiam ser tratadas por normas infraconstitucionais (constituições totais) e ainda trazendo catálogos extensos de direitos, diretrizes vinculantes e obrigatórias para o Estado. Alguns autores falam em “morte” das normas programáticas (todas as normas seriam vinculantes e exigiriam cumprimento imediato).

CENTRALIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, trazendo consigo os direitos fundamentais. Esse movimento desencadeia a **constitucionalização do direito**, com os mais variados ramos, inclusive os privados (ex: Direito Civil) sendo inundados (e conformados) pelo direito público constitucional.

Constitucionalização do direito: (a) consagração progressiva de normas de outros ramos do direito no bojo da Constituição; (b) interpretação das leis conforme o Constituição; e (c) eficácia horizontal dos direitos fundamentais – os direitos fundamentais deixam de ser oponíveis apenas em face do Estado (eficácia vertical), aplicando-se também às relações entre particulares.

Fortalecimento do poder judiciário e expansão da jurisdição constitucional

Com a ampliação dos direitos subjetivos e ainda frete a uma alegada omissão e inércia dos outros poderes, o Poder Judiciário passa a desempenhar um papel muito mais amplo de que no passado (torna-se praticamente um Super Poder).

O Judiciário não apenas aplica a lei ao caso concreto com força definitiva, mas também: concretiza direitos fundamentais + tutela a força normativa da CF + media as relações entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes (STF, RE 440.028/SP).

A Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento ☹ não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso porque com essa decisão o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas; o que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram



ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes (STJ, RE 429.903/RJ).

Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (STJ, REsp 1.389.952/MT).

Custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Trata-se dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional (STF, ARE 727.864/PR).

Requisitos ao CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS pelo Poder Judiciário (STF, ADPF 45): **(a)** natureza constitucional da política pública reclamada; **(b)** existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; **(c)** omissão ou prestação deficiente injustificável por parte da Administração.

Para alguns constitucionalistas, essas intervenções são exageradas, descambam para o ativismo judicial e desbordam da repartição das funções estatais. Para os defensores de um judiciário mais “ativo”, o protagonismo judicial (apontado por críticos) não seria uma escolha do neoconstitucionalismo, mas sim um reflexo da centralidade assumida pela constituição em compasso com a atribuição dos juízes de velar por sua primazia.

Alguns autores tratam neoconstitucionalismo como **sinônimo** de pós-positivismo. Mas prevalece haver aspectos distintos.

PÓS-POSITIVISMO	NEOCONSTITUCIONALISMO
Pretensão de universalidade – teoria geral do direito aplicável a qualquer ordenamento, independentemente de suas características.	Teoria voltada apenas aos estados democráticos de direito que possuam constituições normativas e garantistas.
Moral e direito são esferas complementares (não totalmente autônomas) – conexão necessária (rompe-se com o dualismo imperante no positivismo).	Incorporação de valores morais nas constituições por meio de princípios e direitos fundamentais – conexão contingente (não se deve recorrer a moral externa à constituição).



TEMA 2 - RESERVA DO POSSÍVEL

Conforme artigo 5º, § 1º, da CF, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**”. O que isso significa? Há pelo menos quatro (é isso mesmo: QUATRO) posições na doutrina.

Entendimentos a respeito da interpretação do art. 5º, § 1º, da CF:

- a) o texto teria sido mais preciso se dissesse “eficácia” imediata = aptidão para produzir efeitos desde já (Virgílio Afonso da Silva).
- b) todos os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma imediata, ou seja, são direitos subjetivos que podem ser desfrutados (Dirley da Cunha Jr.).
- c) o dispositivo não deve ser interpretado como uma regra, mas sim como um princípio, isto é, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma imediata na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (Ingo Sarlet).
- d) a regra geral é que os direitos fundamentais têm aplicação imediata; as exceções são os casos em que o próprio constituinte exigiu expressamente uma lei regulamentadora, por isso a necessidade de existência de Mandado de Injunção (Marcelo Novelino).

Note que apesar de ter sido posicionada no bojo do artigo 5º, § 1º, da CF, a norma refere-se a **todos** os direitos fundamentais, que, como sabemos (temos de saber!), estão *espalhados* pelo texto magno.

E é justamente aí que as coisas ficam mais complicadas!

Diferentemente do que ocorre que as liberdades públicas (que são de “graça”), os direitos sociais têm **custo elevadíssimo** (financeiro) e ainda um problema na origem: podem ser **individualizados** (alguém pode pedir uma prestação sociais para si, em seu benefício). Por essas e outras razões, prevalece que esses direitos gozam de menor efetividade – **quanto mais se amplia e se consagra formalmente os direitos sociais, maior é o risco de que fiquem apenas no papel.**

A despeito de qualquer limitação fática, segundo o paradigma moderno, há um **mínimo existencial** a ser garantido.

Mas o que é esse tal de mínimo existencial???

Para fins de uma resposta teórica, ele um **conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna**. Claro que na prática o *exquema* é bem mais complexo...

Quais bens compõem esse conjunto (mínimo existencial)?



Segundo **Ricardo Lobo Torres**, responsável por trazer para o Brasil essa noção do direito alemão, não existe um conteúdo específico no mínimo existencial. Em cada época e em cada sociedade vai se construindo um conjunto de bens que são indispensáveis, observados os parâmetros: dignidade da pessoa, liberdade material e estado social. Já **Ana Paula de Barcellos** elenca os direitos que comporiam o mínimo existencial: educação fundamental, saúde, assistência social, acesso à Justiça.

Ao cabo, conforme defende **Ingo Sarlet**, com relação os direitos sociais, o artigo 5º, § 1º, da CF deve ser entendido como um **princípio** (não como uma regra), de modo que as normas (programáticas) definidoras desses direitos devem ter aplicação imediata na maior medida possível.

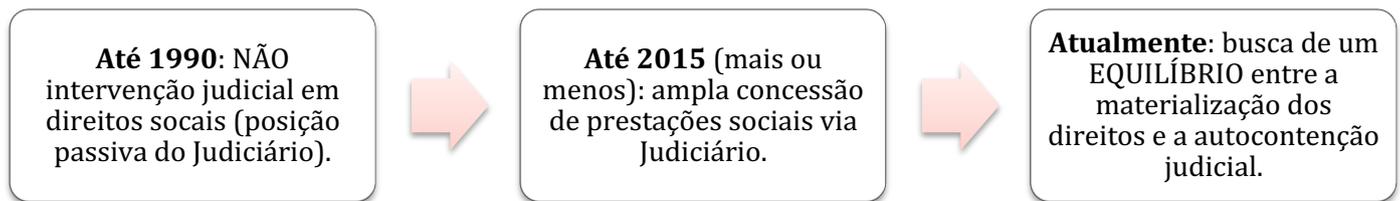
Para além disso, duas questões são bastante importantes no trato dos direitos sociais: **(a)** a intervenção judicial para sua implementação (ativismo judicial) e **(b)** a defesa estatal via reserva do possível. Vejamos.

Até meados da década de 1990, entendia-se o Judiciário não poderia intervir para implementar diretamente direitos sociais. Os argumentos eram de que esses direitos possuem eficácia apenas negativa, eram normas de eficácia limitada, dependentes de lei para ganhar eficácia positiva – a intervenção judicial seria antidemocrática e ofenderia a tripartição dos poderes. Isso porque os direitos sociais têm textura aberta, ou seja, cabe aos órgãos representantes da vontade do povo, Legislativo e Executivo, definir as prioridades e quais deles receberão maior atenção no momento.

Ocorre que, em seguida, o Judiciário passou a conceder prestações sociais sem maior controle. Exemplo disso é a concessão irrestrita de medicamentos (inclusive fora das listas padronizadas da SUS). É bom lembrar que nesses casos não há justiça **comutativa (bilateral)**, mas **distributiva (multilateral)**: há o requerente (cidadão), o Estado (erário) e a sociedade toda, seja custeando a decisão, seja porque todos na situação do requerente devem possuir o mesmo direito – não se pode lhe conceder vantagem apenas porque ingressou com ação.

Atualmente, busca-se um EQUILÍBRIO para o ativismo judicial. Os argumentos favoráveis à intervenção pontual são: o déficit democrático das instituições representativas da sociedade (percentual estarrecedor dos políticos respondem a processo penal); o caráter normativo da Constituição, que não é uma carta de intenções (não dá conselhos ou faz exortações morais), mas norma (o Judiciário ao aplicar direito social está apenas cumprindo sua função de aplicar a norma); a inafastabilidade da jurisdição (quando os Poderes Legislativo e Executivo se omitem ou retardam indefinidamente o cumprimento de um direito, torna-se necessária a intervenção judicial); o conceito substancial de democracia (muitos entendem que para que haja efetiva liberdade de escolha é preciso garantir o acesso a direitos básicos como educação, saúde, alimentação...).





Segundo o STF, o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes (RE 440.028/SP). Para tanto, traça alguns **REQUISITOS**: **(a)** natureza constitucional da política pública reclamada; **(b)** existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; **(c)** omissão ou prestação deficiente injustificável por parte da Administração (STF, ADPF 45).

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁLA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converterse em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade (STF, RE 271.286–AgR, Rel. Min. Celso de Mello).

SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. [...] O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem

obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (STF, RE 195.192, Rel. Min. Marco Aurélio).

E como fica a questão da **reserva do possível**?

Essa expressão que surge na Alemanha, em 1972, com o julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal do seguinte caso: um grupo de jovens queria ingressar em determinada universidade. Não há na Constituição alemã o direito à educação. O grupo promover a ação afirmando que se não conseguissem ingressar na Universidade não teriam liberdade de escolher livremente suas profissões (o direito de liberdade de escolha profissional, este sim, encontra-se consagrado na Lei Básica Alemã). O tribunal alemão reconheceu que as pessoas tenham plena liberdade de escolher sua profissão, é mesmo desejável que tenham acesso à universidade. No entanto, não se tem como exigir que o Estado forneça a todos esse acesso por uma questão de reserva do possível. O Estado não tem como atender a todas as demandas sociais, devendo se concentrar no que lhe é possível.

Andreas Krell (professor alemão radicado no Brasil) tem um livro bastante citado, inclusive pelo Supremo, em que defende que a reserva do possível se aplica à Alemanha, onde um conjunto de direitos (mínimo existencial) é efetivamente garantido à população. No Brasil, não seria cabível tal aplicação. Já **Daniel Sarmiento** defende exatamente o contrário: a reserva do possível se aplica no direito brasileiro com muito mais razão, porque as limitações orçamentárias aqui são muito maiores do que na Alemanha.

DIMENSÕES da reserva do possível (Ingo Sarlet):

- a) possibilidade fática** = disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional (ônus da prova do Estado).
- b) possibilidade jurídica** = os gastos a serem feitos devem estar previstas em lei (no orçamento) e definidas as competências (por vezes o município não tem como atender todas as pretensões, mas no âmbito da União haveria orçamento suficiente para atender àquelas despesas).
- c) Razoabilidade da exigência e proporcionalidade da prestação** = é razoável ou não exigir do Estado a prestação e em que medida deve ser exigida (é ônus do Estado demonstrar de forma clara que se a prestação for universalizada não teria como ser atendida).

Quanto à possibilidade fática, remanesce uma questão bem interessante: a análise deve-se pautar nos recursos para pagar a prestação de forma individual ou universal? Segundo Daniel Sarmiento, a prestação deve ser **universalizada**. Não se poderia pensar de outra forma, sob pena de lesão à



igualdade (benefício a quem ingressou com ação). Deve-se verificar, portanto, se o Estado poderia custear a prestação para todos naquela situação (por este prisma é inviável custear tratamentos de saúde milionários, fora do país).

Agora, abordando os temas conjuntamente, indaga-se: e quando houver **conflito entre reserva do possível e mínimo existencial**, o que fazer?

Ingo Sarlet entende que em relação ao mínimo existencial, NÃO se pode alegar a reserva do possível. Logo, o mínimo existencial tem caráter absoluto! Já Daniel Sarmento assenta que o mínimo existencial exige um **ônus argumentativo MUITO maior** do Estado no que se refere à reserva do possível, ou seja, cabe ao Estado demonstrar de forma bastante ampla e profunda que, realmente, no caso concreto, não tem como atender ao direito pleiteado (vide artigo: “Proteção Judicial dos Direitos Sociais – Alguns parâmetros ético-jurídicos”).

MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE: método apresentado por **Friedrich Müller** na obra “Métodos de trabalho do direito constitucional”. Segundo ele, a concretização da norma constitucional deve ser feita por intermédio de vários elementos, dentre eles o metodológico (clássicos de interpretação e princípios da interpretação da constituição), dogmáticos (doutrina e jurisprudência), teóricos (teoria da constituição), política constitucional (ex: reserva do possível). Há, portanto, **uma relação social entre o texto e a realidade** – a norma NÃO compreende apenas o texto, abarcando também um pedaço da realidade social, parte mais significativa (domínio normativo).

Considerações Finais

E é isso, meus amigos e amigas!

Passeamos aqui pela análise teórico e prática de dois temas mais do que fundamentais para provas da magistratura, inclusive conferindo a jurisprudência pertinente – matamos a cobra e mostramos o pau!

Qualquer dúvida, só entrar em contato. Fico à disposição!

Aguardo vocês na próxima rodada.



DIREITO ADMINISTRATIVO

TEMA 1 - REFLEXOS DA LINDB SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO

Eduardo Calvert

Nessa rodada trataremos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, antiga "Lei de Introdução ao Código Civil) e sua relação com o direito administrativo. O assunto figurou como tema de algumas questões objetivas de provas recentes da magistratura, além de ser importante para o entendimento sobre a aplicação do direito.

ESCLARECENDO!



↪ A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro contém normas que se inserem na teoria geral do direito. É uma norma jurídica que visa a regulamentar outras normas jurídicas, determinando o seu modo de aplicação e entendimento no tempo e no espaço.

A LINDB é aplicada a todos os ramos do direito, público ou privado. Ela foi alterada por meio da Lei 13.655/2018, tendo sido introduzidos dispositivos que dizem respeito mais especificamente com o direito administrativo, por meio de regras atinentes às decisões tomadas pela administração pública e à atividade de controle exercida sobre elas.

A nova legislação incluiu os artigos 20 a 30 à LINDB, os quais demonstram grande preocupação com a segurança jurídica e reforçam outros princípios ou regras aplicáveis à administração pública no que diz respeito à motivação das decisões, à proporcionalidade, à consensualidade, à transparência, à participação dos interessados, à eficiência e ao interesse público.

Vamos analisar essas disposições com mais detalhe:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.



Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Os artigos 20 e 21 dizem respeito à motivação das decisões, tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, determinando que a motivação abranja não apenas aspectos abstratos, mas especificamente trate das consequências práticas da decisão. A decisão, em qualquer esfera de poder, não pode consistir em um mero exercício acadêmico e abstrato, distanciando-se da realidade sobre a qual atua.

Ao decidir, deve a autoridade considerar expressamente as consequências da decisão, inclusive ponderando as alternativas existentes à medida determinada. No caso de invalidação de ato, contrato, ajuste processo ou norma administrativa, a decisão deverá claramente indicar quais as consequências imediatas da decisão, inclusive determinando a “regularização proporcional e equânime”, sem acarretar abrupta modificação na esfera jurídica dos interessados.

Por exemplo: a invalidação de um contrato administrativo poderá ensejar a necessidade de realização de nova contratação emergencial e sem licitação; poderá implicar em direito do administrado ao recebimento de indenização. Todas essas consequências devem ser sopesadas pela autoridade antes da decisão, a fim de verificar se a decisão é a que melhor atende ao interesse público.

Além da motivação, os artigos impõem a adoção de critérios de proporcionalidade na decisão, ao exigir que a decisão aponte a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das alternativas existentes e ao prever que eventual regularização se dê de forma “proporcional e equânime”, “não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (ou seja, que se atue com proporcionalidade e razoabilidade).

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.



§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

As disposições do artigo 22, da mesma forma, tratam da motivação, ao exigir que as decisões considerem as circunstâncias concretas que impeliram o gestor público a adotar determinada conduta e, com mais ênfase, da proporcionalidade, ao determinar que a aplicação das sanções seja realizada com fundamento na natureza e na gravidade efetiva das infrações, bem como ao determinar que eventuais sanções aplicadas em esferas distintas sejam consideradas para evitar a cumulatividade de sanções pela prática da mesma infração.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Os artigos 23 e 24 demonstram clara preocupação com o postulado da segurança jurídica.



↪ A segurança é um dos valores fundantes do Estado Democrático, expressamente previsto no preâmbulo da Constituição Federal e no caput do seu artigo 5º. Entende-se por segurança jurídica a garantia de estabilidade das situações jurídicas já consolidadas e a finalidade de criar um estado de previsibilidade de comportamento dos agentes estatais.

Pode-se identificar no postulado da segurança um aspecto objetivo, relacionado à estabilidade do ordenamento jurídico e à segurança de orientação e realização do direito, e outro aspecto subjetivo, chamado de proteção à confiança, relacionado à calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos de atos do Poder Público.

O artigo 23 refere-se justamente à calculabilidade, ou previsibilidade dos indivíduos acerca do comportamento das autoridades públicas, impondo que eventual modificação de entendimento das autoridades (inclusive judiciais) sobre determinada norma não colha dos administrados de surpresa, mas atenda a um regime de transição para evitar prejuízos.

O artigo 24, da mesma forma, atende à segurança jurídica ao impedir a aplicação de efeitos retroativos à eventual nova orientação. Anote-se que a “aplicação retroativa de nova interpretação” já era vedada por força do artigo 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Os artigos 26 e 27 da LINDB trazem a possibilidade de resolução de conflitos, incertezas ou situação contenciosa por meio de compromisso entre as partes, em lugar de uma decisão solitária, unilateral e imperativa da autoridade. Diversas cautelas devem ser adotadas pela administração pública para a celebração de compromissos, como a consulta prévia ao seu órgão de consultoria jurídica e a realização de consulta pública (se pertinente), bem como atenção aos requisitos previstos no § 1º do artigo 26.

O artigo 27, da mesma forma, prevê a possibilidade de composição entre as partes interessadas para a hipótese de imposição de dever de compensação por benefícios indevidos ou por prejuízos anormais que o administrado tenha sofrido em decorrência de decisão administrativa.

Os dispositivos demonstram a inclinação para o consenso, em lugar das decisões unilaterais.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Trata-se de norma que limita a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelas decisões ou opiniões técnicas que emitirem, dirigida aos órgão de controle, os quais ficam impedidos de responsabilizar agentes públicos por decisões ou opiniões que se mostrem aceitáveis ou defensáveis à luz das divergências existentes sobre a matéria.

Note-se que a divergência de opinião entre o agente público e o titular do órgão de controle não pode ser fundamento para a responsabilização do primeiro.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

A norma reforça a necessidade de participação dos administrados no controle social da administração pública, representando reforço à ideia de democracia direta por meio da atuação do administrado diretamente junto aos órgãos que exercitam os poderes da República.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

A disposição reforça a necessidade de garantir a segurança jurídica na atuação da administração pública, a fim de conferir aos administrados previsibilidade acerca da atuação do Poder Público. A edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas evita o excessivo subjetivismo na atuação do agente público.

TEMA 2 - LICITAÇÃO: VISÃO GERAL E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Eduardo Calvert

Nessa rodada trataremos de um dos temas mais recorrentes nas provas da magistratura de direito administrativo: as licitações.

A matéria encontra-se disciplinada no ordenamento brasileiro pela Lei 8.666/1993, cuja leitura é essencial na preparação para as provas, especialmente as provas objetivas, tendo em vista a quantidade de detalhes cujo conhecimento é exigido dos candidatos.



↳ Em levantamento elaborado mediante análise das provas objetivas dos concursos para a magistratura estadual realizados nos anos de 2018 e 2019, constatou-se que os assuntos “licitações” e “contratos administrativos” ocuparam a primeira colocação dentre os temas mais exigidos dos candidatos, somando juntos cerca de 25% de todas as questões objetivas da matéria Direito Administrativo. Ressalte-se que os contratos administrativos também são disciplinados pela Lei 8.666/1993, o que confirma a importância de sua leitura.

Licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam as condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Sabe-se que, ao contrário dos particulares, que detêm ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, precisa submeter-se a um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido em lei.

Anote-se que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação (artigos 37, XXI e 173, § 1º, III, da Constituição Federal).

Pode-se dizer que a licitação atende a um triplo objetivo: (i) proporcionar aos entes públicos possibilidade de realizarem um negócio mais vantajoso, em razão da instauração de uma competição entre os ofertantes; (ii) assegurar aos particulares em condições de igualdade a possibilidade de participação nos negócios que os entes públicos pretendam realizar; e (iii) concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Esses objetivos estão expressamente apontados no artigo 3º da Lei 8.666/1993.

O instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite) é o documento de onde se extraem as regras que vão disciplinar todo o procedimento licitatório e, posteriormente, o contrato. É comum a afirmação de que “o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato”. O atendimento à convocação implica em aceitação das condições por parte dos interessados; a administração não poderá alterar as condições previstas no instrumento convocatório, nem os particulares podem apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido neste documento, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Segundo o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”. Os estados e municípios podem exercer a competência legislativa suplementar em relação à matéria (artigos 24, § 2º, e 30, II, da Constituição Federal).





↪ A doutrina (exemplo de Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello) tece críticas à Lei 8.666/1993 em razão de extrapolar a competência privativa da União e invadir o campo de competência dos Estados e Municípios para a legislação suplementar. Apesar de a lei textualmente afirmar que estabelece “normas gerais” sobre licitações e contratos administrativos (artigo 1º), claramente seus dispositivos tratam de minúcias que não podem ser consideradas “normas gerais”, nada deixando para que os estados e municípios legislem. Maria Sylvia Zanella di Pietro diz que a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.666/1993 é “manifesta”.

Diversas outras leis disciplinam hipóteses especiais de licitação, sendo algumas delas exigidas em concursos públicos de forma recorrente, como a Lei 8.987/1995, que traz regras específicas em relação às licitações que envolvam a concessão e permissão de serviço público e de obra pública; a Lei 11.079/2004, que se aplica às parcerias público-privadas; a Lei 10.520/2002, que instituiu nova modalidade denominada pregão.

Nesta rodada trataremos unicamente dos princípios gerais aplicáveis às licitações, deixando as especificidades do procedimento e a análise das espécies de licitação para outra oportunidade.

Pode-se afirmar, inicialmente, que a própria licitação constitui um princípio ao qual se vincula a administração pública, decorrendo do princípio da indisponibilidade do interesse público e que impõe uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante.

Não há na doutrina uniformidade acerca dos princípios aplicáveis às licitações. Abaixo, vamos tratar dos seguintes princípios: igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, adjudicação compulsória e licitação sustentável.

Princípio da igualdade.

Consiste num dos alicerces da licitação, tendo em vista que um de seus objetivos é, justamente, assegurar a igualdade de oportunidade aos particulares que tenham o interesse de contratar com a administração.

O princípio está previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal e veda o estabelecimento de condições quem impliquem no favorecimento de determinados licitantes em prejuízo dos demais. Para assegurar o cumprimento deste princípio, o artigo 37, XXI, da Constituição Federal prevê que



o procedimento somente “permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Diversas disposições da Lei 8.666/1993 têm por objetivo assegurar a observância do princípio da igualdade no procedimento licitatório. Veja no quadro abaixo algumas delas:

Dispositivo	Texto
Art. 3º, § 1º, I.	É vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, <u>cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato</u> , ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991 ”.
Art. 3º, § 1º, II.	É vedado aos agentes públicos “ <u>estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras</u> , inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 ”.
Art. 30, § 5º.	“É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação”.
Art. 42, § 1º.	“Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro”.

Todas essas disposições atendem à mesma racionalidade de se evitar a imposição de condições para a participação dos licitantes que acarrete desequilíbrio injustificado entre os interessados em contratar.

Sabe-se, no entanto, que o princípio da igualdade não pode ser lido unicamente em sua vertente negativa (que impõe o tratamento igualitário de todos), mas também, e principalmente, em sua vertente positiva, que determina o tratamento desigual daqueles que se encontrem em situações desiguais. O princípio da igualdade, portanto, comporta tratamentos distintos para situações

distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença no tratamento.

O que se pretende evitar é a existência de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Assim, a própria Lei 8.666/1993 prevê hipóteses em que haverá desequiparação entre os licitantes, as quais podem ser apontadas como exceções ao princípio da isonomia. São elas:

1) A primeira exceção advém da leitura *contrario sensu* do artigo 3º, § 1º, I, da Lei 8.666.1993, o qual veda a imposição de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, **desde que impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato**. Ou seja, se a condição ou cláusula que comprometa a competitividade ou aliije alguns dos concorrentes do certame estiver fundada em razões de ordem técnica ou sejam relevantes para o cumprimento do objeto do contrato, elas serão razoáveis e não atentarão contra o princípio da igualdade.

2) A segunda exceção está prevista na parte final do mesmo artigo 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993 e se refere aos parágrafos 5º a 12 do mesmo artigo, os quais permitem o estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras e para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

3) A terceira exceção ao princípio da isonomia está prevista no artigo 3º da Lei 8.248/1991, a qual dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação. Segundo o dispositivo, os órgãos da administração pública darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática a automação, a “bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País” e a “bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo”.

4) Ainda uma quarta exceção ao princípio da isonomia está prevista no artigo 3º, § 2º, da Lei 8.666/1993, e se refere aos critérios de desempate para a hipótese de igualdade nas propostas apresentadas. Neste caso, será assegurada a preferência aos bens e serviços nesta ordem: (i) produzidos no País; (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e (iv) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Outrossim, a Lei Complementar 123/2006 prevê uma série de benefícios em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte, que passam pela preferência para a hipótese



de empate (artigos 44 e 45); pela facilitação da exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista (artigo 42); pela possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial lastreada em crédito perante entes públicos (artigo 46); pela possibilidade de desfrutarem de tratamento diferenciado, como abertura de licitação destinada exclusivamente a estas empresas, dentre outros (artigo 47).

Em conclusão, o princípio da igualdade não impõe necessariamente o tratamento indistinto entre todos os concorrentes. Quando lido em sua vertente positiva, o mesmo princípio permite o tratamento diferenciado, desde que haja uma justificativa razoável para a desequiparação.

Princípio da legalidade.

Nos termos do artigo 4º da Lei 8.666/1993, “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei”.

A legalidade é um dos princípios que norteiam a atividade da administração pública e está prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Segundo o princípio da legalidade, a administração pública só pode fazer o que a lei permite – ou seja, a vontade da administração pública é aquela que decorre da lei.

Aplicado às licitações, o princípio é uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais e que permite a revisão da regularidade do procedimento pela autoridade judiciária.

A licitação é um procedimento inteiramente vinculado à lei e todos aqueles que participam da licitação detêm o direito subjetivo à fiel observância deste procedimento legal.

Princípio da impessoalidade.

Outro princípio que norteia a atividade da administração pública e que está previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. O princípio veda quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando que no procedimento licitatório todos devem ser tratados com absoluta neutralidade.

O princípio está intimamente ligado aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo, e determina que todos os licitante sejam tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a administração pública, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem considerar as condições pessoais dos licitantes, salvo exceções expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

Princípio da moralidade (ou da probidade).



Também previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade impõe um filtro de correção aos atos da administração pública que vai além da legalidade ou da regularidade formal: aos atos da administração devem estar em consonância com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade e a ideia comum de honestidade.

A moralidade representa a honestidade no modo de proceder.

Princípio da publicidade.

Também previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da publicidade aplicado às licitações impõe a divulgação do procedimento licitatório para conhecimento de todos os interessados, bem como de todos os atos praticados durante o procedimento, assegurando a todos a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade.

A lei prevê diferentes amplitudes de publicidade em relação às diferentes espécies de licitação. Na concorrência (modalidade em que se pretende atrair o maior número de licitantes e onde a competição tende a ser maior) a publicidade exigida é a mais ampla, enquanto na modalidade convite a divulgação é mais restrita.

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nos termos do artigo 41 da Lei 8.666/1993, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Trata-se de regra essencial da licitação, cujo desrespeito poderá acarretar nulidade do procedimento.

O princípio vincula tanto a administração, que deverá pautar as fases do procedimento e o julgamento e a classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital (artigo 43, V, da Lei 8.666/1993), como aos licitantes, que devem atender aos requisitos previstos no instrumento convocatório, sob pena de inabilitação (caso não apresentem a documentação exigida) ou de desclassificação (caso a proposta não atenda às exigências).

Princípio do julgamento objetivo.

Nos termos do artigo 45 da Lei 8.666/1993, “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

O princípio tem por objetivo impedir que a licitação seja decidida sob o influxo de subjetivismos, de sentimentos, impressões, ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.



O princípio decorre dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, determinando que o julgamento e a classificação das propostas sejam feitos de acordo com os critérios estabelecidos no edital, sem qualquer outra consideração de caráter subjetivo.

Princípio da adjudicação compulsória.

Significa que a administração pública não poderá atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor do certame. A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este expressamente desistir da contratação ou não firmar o instrumento contratual no prazo estabelecido. Também por força deste princípio, é vedado à administração pública a abertura de nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

O princípio não garante, no entanto, a contratação imediata do vencedor do certame. A administração pública pode adiar a contratação ou mesmo revogar ou anular o procedimento. O que não se permite é a contratação de terceiro enquanto válida a adjudicação ou, por outro lado, o adiamento indefinido da contratação ou a revogação do procedimento sem justa causa.

Princípio da ampla defesa.

Significa que a administração pública não poderá atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor do certame. A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este expressamente desistir da contratação ou não firmar o instrumento contratual no prazo estabelecido. Também por força deste princípio, é vedado à administração pública a abertura de nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Princípio da licitação sustentável.

<u>Dispositivo</u>	<u>Texto</u>
Lei 12.187/2009, art. 6º, XII.	Prevê como instrumento da Política Nacional sobre Mudança do Clima, " <u>o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas</u> , compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, <u>para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e</u>

	<u>redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos</u> ".
Lei 12.305/2010, art. 7º, XI.	Aponta como objetivo da Política Nacional de Resíduos Sólidos a prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para "produtos reciclados e recicláveis" e bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis".
Lei 8.666/1993, art. 3º, <i>caput</i> , com redação dada pela Lei 12.349/2010.	"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e <u>a promoção do desenvolvimento nacional sustentável</u> e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".
Decreto 7.746/2012.	Regulamenta o artigo 3º, <i>caput</i> , da Lei 8.666/1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes.

A partir da cada vez maior importância que é dada globalmente à questão da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, alguns autores vêm apontando a existência do princípio da licitação sustentável, diante do advento de normas legais que preveem medidas para a promoção do meio ambiente por intermédio dos procedimentos licitatórios.

Lembre-se que o artigo 170, VI, da Constituição Federal, aponta a defesa do meio ambiente como um dos princípios regentes da ordem econômica, enquanto o artigo 225 prevê o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nos últimos anos, diversas normas legais preveem mecanismos para garantir a sustentabilidade das licitações. Veja algumas delas no quadro abaixo:

Assim, na prática, o princípio da licitação sustentável autoriza a previsão de critérios discriminatórios em benefício de licitantes que atendam às normas ambientais e às exigências do desenvolvimento sustentável.



DIREITO PENAL

TEMA 1- CULPABILIDADE

Elemento do conceito analítico de crime, a culpabilidade **consiste no juízo de reprovabilidade incidente sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente**. Acerca dos elementos constituintes da culpabilidade, são três as principais teorias, vejamos:

↳ **Teoria psicológica (causalista)**: segundo esta concepção, **a culpabilidade é o vínculo psicológico entre o ato e o resultado, através do dolo ou da culpa do agente**. Desta forma, a culpa ou o dolo seriam os únicos elementos da culpabilidade. A principal crítica sobre esta teoria é a **ausência de previsão das hipóteses de excludente de culpabilidade**, como, por exemplo, quando o agente age com dolo, porém sobre coação moral irresistível.

Teoria psicológico-normativa (clássica): de acordo com esta teoria, **a culpabilidade seria constituída pelos seguintes elementos: imputabilidade; dolo e culpa (consciência atual do caráter ilícito da conduta); exigibilidade de conduta diversa**. Por ainda considerar o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade, tal teoria foi também criticada, haja vista que estes elementos são inerentes à conduta.

↳ **Teoria normativa pura (finalista)**: passou a **considerar o dolo (consciência e vontade) como elemento da conduta** e estabeleceu como elementos da culpabilidade os seguintes: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; exigibilidade de conduta diversa.

Como derivações da teoria finalista, surgiram as teorias extremada e limitada, que se referem às discriminantes putativas. **Segundo a teoria extremada, toda espécie de erro seria considerada um erro de proibição**, seja sobre alguma circunstância fática, seja sobre circunstância fática ou decorrente dos limites da norma. **Já a teoria limitada faz a distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição**.

O Código Penal Brasileiro adota atualmente a Teoria Finalista e a Teoria Limitada. Desta forma, conclui-se que os elementos constitutivos da culpabilidade são: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Passemos a análise aprofundada de cada um destes requisitos, bem como das respectivas excludentes de culpabilidade.

Imputabilidade

Consiste na capacidade do agente de lhe ter imputada a prática delitiva, com base em circunstâncias pessoais. Para que seja analisada a imputabilidade do agente, são três os principais critérios:



↳ **Biológico:** este critério **afere a imputabilidade do agente exclusivamente com base na idade e no desenvolvimento mental, independentemente da sua efetiva capacidade de compreender a ilicitude da conduta.** Assim, presume-se inimputável o menor e o agente portador de alguma doença mental ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado. **No que se refere à menoridade, verifica-se a adoção pelo Código Penal do critério biológico,** haja vista que a inimputabilidade é presumida caso o agente seja menor de 18 (dezoito) anos.

↳ **Psicológico:** **se fundamenta na possibilidade do agente de compreender a ilicitude da conduta e de avaliar sua reprovabilidade,** independentemente da circunstância que o levou à incapacidade de compreensão.

↳ **Biopsicológico:** **adotado pelo Código Penal,** trata-se de uma combinação dos sistemas anteriores, segundo o qual somente será inimputável o agente **incapaz de compreender o caráter criminoso do fato,** em decorrência de **circunstância prevista em lei** (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado).

Em consequência à adoção do critério biopsicológico, 03 (três) são os requisitos da inimputabilidade (exceto no caso de menoridade):

↳ **Causal:** causa prevista em lei.

↳ **Consequencial:** é necessário que a ocorrência da causa prevista em lei seja capaz de comprometer a capacidade de julgamento do agente, tornando-o incapaz de controlar-se ou compreender a ilicitude.

↳ **Cronológico:** a causa e a consequência devem estar em ocorrência no momento da conduta delituosa.

Inimputabilidade

Conforme já mencionado acima, determinadas causas previstas em lei, que comprometem a capacidade de julgamento do indivíduo, o tornam inimputável e, conseqüentemente, excluem a culpabilidade. São elas:

↳ **Doença mental:** qualquer **moléstia de natureza mental ou psicológica, capaz de obstar a capacidade cognitiva do agente,** de modo que este se torne incapaz de controlar as próprias ações ou entender a ilicitude do fato.

↳ **Desenvolvimento mental incompleto:** é a ausência de capacidade de compreensão da reprovabilidade da conduta, **decorrente da idade ou da falta de conhecimento do agente,** como é o caso dos menores de idade e dos indígenas não adaptados à civilização.



↳ **Desenvolvimento mental retardado:** é verificado pela **incompatibilidade entre a idade e o desenvolvimento mental do indivíduo**, tratando-se de uma ausência de maturidade capaz de influir na capacidade de compreensão.

↳ **Embriaguez:** alteração psíquica decorrente da intoxicação transitória por álcool ou qualquer outra droga. **O Código Penal Brasileiro adota a teoria *actio libera in causa***, segundo a qual somente a embriaguez acidental, proveniente de caso fortuito (ocorrência extraordinária, imprevisível e irresistível) ou força maior (fato externo que força o agente a ingerir a substância) é capaz de excluir a imputabilidade do agente.

Há de se ressaltar que a emoção e a paixão, embora por vezes sejam valoradas no momento da aplicação da pena, **não constituem causas de inimputabilidade**, haja vista a ausência de previsão legal.

Destaco ainda a hipótese de **semi-imputabilidade**, ocasionada quando, pela ocorrência dos requisitos causais e cronológicos da inimputabilidade, **o agente sofre perda parcial da capacidade de compreensão**. Não afasta a culpabilidade do agente, mas em caso de condenação gera a redução da pena de 1/3 a 2/3 ou a imposição de medida de segurança (quando recomendável).

Potencial consciência da ilicitude

Conforme disposto no art. 21, do Código Penal, o desconhecimento da lei é inescusável. Contudo, para que seja reconhecida a culpabilidade do agente, é imprescindível que, pelas circunstâncias em que foi praticada a conduta criminosa, o agente tenha ou devesse ter consciência da contrariedade do ato à lei. Por tal razão, o erro de proibição, já tratado como tema específico, constitui excludente de culpabilidade.

Exigibilidade de conduta diversa

Para que seja reconhecida a culpabilidade, é essencial que a conduta praticada pelo agente pudesse ser evitada, ou seja, que exista a possibilidade de que ele pudesse agir de outra maneira. Desta forma, excluem a culpabilidade a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

↳ **Coação moral irresistível:** a coação é constituída na hipótese de **o agente ser compelido, por meio de força física ou grave ameaça, a fazer ou deixar de fazer algo**. A coação física trata-se de excludente de tipicidade, haja vista que vicia totalmente a vontade. Por sua vez, a coação moral, em que o agente pratica a conduta sob grave ameaça, exclui a culpabilidade. É imprescindível ainda o **caráter irresistível** da coação, ou seja, que a ameaça seja dotada de tamanha gravidade que o indivíduo não possua alternativa senão ceder.



↳ **Obediência hierárquica:** acarreta vício de vontade do agente, que **age em obediência a ordem aparentemente legal, porém viciada de ilegalidade, proferida por superior hierárquico**. É pertinente ressaltar que a hierarquia **decorre de uma relação de direito público**, de modo que esta excludente de culpabilidade não incide em caso de subordinação decorrente de relação particular.

Coculpabilidade

É uma teoria que atribui parcela da culpabilidade à sociedade ou ao Estado, quando o agente pratica a conduta criminosa por influência da marginalização ocasionada pela desigualdade social ou pela omissão estatal quanto aos seus direitos fundamentais. Malgrado seja considerada por alguns doutrinadores como um princípio constitucional implícito, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de inaplicabilidade da coculpabilidade, sob o fundamento de que a atividade criminosa é escolha do indivíduo, sendo inviável utilizar-se do seu meio social como causa para eximi-lo da sanção penal.

TEMA 2 - ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

Existem hipóteses em que o agente, apesar de incorrer em uma conduta criminosa, a fez sob equívoco acerca das circunstâncias fáticas ou o caráter ilícito do fato. Nesse sentido, vamos analisar de maneira detalhada o erro de tipo e o erro de proibição, e suas consequências jurídicas.

Erro de tipo

É um **erro sobre alguma circunstância elementar do tipo** penal, causada por uma **falsa percepção da realidade** pelo agente, retirando deste a consciência de que está a praticar uma conduta criminosa. Um dos principais exemplos deste erro é o agente que toma para si carteira pertencente a terceiro, por acreditar que esta seria sua, em razão da semelhança.

Para que seja determinada a consequência do erro de tipo, é essencial compreender a distinção sobre sua evitabilidade, vejamos:

↳ **Erro de tipo escusável:** trata-se do **erro inevitável**, em que incorreria qualquer homem médio em mesmas circunstâncias. Neste caso, **afasta-se o dolo e a culpa, tornando-se atípica a conduta**.

↳ **Erro de tipo inescusável:** é o **erro que poderia ser evitado**, caso o agente tivesse tomado as cautelas necessárias ordinariamente às circunstâncias. Apesar de excluir o dolo, **permite a responsabilização pela modalidade culposa**, caso prevista em lei.



Erro de tipo essencial x erro accidental

O erro de tipo essencial, capaz de afastar o dolo e até mesmo a culpa, se inescusável, é aquele que **incide sobre fato elementar à configuração do tipo penal**, não se confundindo com a modalidade accidental, em que o agente possui plena consciência da ilicitude do fato, recaindo o erro sobre elemento não constitutivo do tipo ou sobre a execução.

Nas hipóteses de erro accidental estão inseridos:

↳ **Erro sobre o objeto:** é o **erro sobre o objeto material do delito**, sobre a coisa. **Não obsta a responsabilização penal pelo delito**, exceto nos casos em que a coisa sobre a qual recai a conduta seja elementar para a configuração do tipo, hipótese em que restará verificado o erro de tipo essencial.

↳ **Erro sobre a pessoa:** ocorre em crimes cujo objeto material seja uma pessoa e que, por uma falsa percepção da realidade, **o agente se equivoca ao identificar a vítima**. Nesse caso também não há óbice à responsabilização. Contudo, **serão consideradas as características da pessoa cujo agente tinha intenção de agir**.

↳ **Erro na execução (*aberratio ictus*):** por circunstâncias alheias à vontade do agente, este **erra na execução da conduta criminosa, vindo a atingir pessoa ou coisa diversa da pretendida**. Caso o erro na execução seja de resultado único, ou seja, apenas a vítima não intencional seja atingida pelo agente, será aplicável a **mesma regra do erro sobre a pessoa**. Já em caso de erro de resultado duplo, em que o resultado intencional e o não intencional são atingidos, aplicam-se as **regras do concurso formal de crimes**.

↳ **Resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*):** por **erro na execução, o agente acaba por atingir bem diverso do pretendido, ou seja, comete crime diverso**. A diferença entre o *aberratio ictus* e o *aberratio criminis* é que no primeiro se comete o mesmo crime, atingindo-se objeto material diverso; já no segundo, o erro na execução ocasiona lesão a bem jurídico diverso, constituindo crime diverso. Caso o erro seja de resultado único (atingido apenas o bem não intencional), o **agente somente responderá pela modalidade culposa do crime consumado**, se prevista em lei. Na hipótese de resultado duplo, atingindo-se tanto o bem intencional quanto o não intencional, **aplica-se a regra do concurso formal de crimes**, exceto se o resultado não pretendido não possuir modalidade culposa.

↳ **Erro sobre o nexa causal (*aberratio causae*):** também denominado dolo geral, ocorre quando o agente, com dolo em produzir o resultado delituoso, acaba por incorrer em **erro sobre a causa do resultado**. Como exemplo deste tipo de erro, pode-se considerar a hipótese em que o agente acredita já ter matado a vítima e a joga em um rio para ocultar



o cadáver, sendo que na verdade a vítima ainda não havia morrido e vem a óbito em razão do afogamento. Nesse caso, o agente pratica mais de uma conduta, sendo apenas uma com a finalidade de cometer o crime. Contudo, aquela que atinge o resultado pretendido não é a que ele acreditava que o atingiria. Constatado o dolo do agente, **esta modalidade de erro não exclui a tipicidade do fato.**

Erro de proibição

Trata-se de modalidade de erro sobre a ilicitude do fato. Nesse caso, o agente tem plena consciência das circunstâncias fáticas, mas se equivoca sobre sua antijuridicidade. São duas as espécies de erro de proibição, vejamos:

↳ **Erro de proibição direto:** o **erro recai sobre a existência de proibição sobre a conduta.** Ou seja, o indivíduo erra ao acreditar que, pelas circunstâncias atuais, o ato praticado não configuraria crime.

↳ **Erro de proibição indireto:** o agente possui consciência da tipicidade da conduta, mas **acredita incorrer em circunstância que excluiria sua ilicitude**, como é o caso da legítima defesa putativa.

Há de se destacar que o erro de proibição **não se confunde com o desconhecimento da lei**, constituindo um equívoco acerca da ilicitude do fato.

Assim como o erro de tipo, pode ser escusável ou inescusável. O escusável, ou seja, inevitável, **exclui a consciência potencial da ilicitude e, portanto, a culpabilidade.** Já o erro inescusável (evitável), configura **causa de diminuição da pena**, de um sexto a um terço.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

TEMA 1 – RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLETIVOS

Olá pessoal! Aqui é **Ivan Marques**, professor do Estratégia Carreira Jurídica, e, na disciplina de Legislação Penal Especial, vamos discutir um assunto muito importante para o seu concurso.

Após algumas catástrofes ambientais atuais, o tema da punição criminal de empresas por crimes ambientais deve aparecer em sua prova.



O tema é disciplinado no art. 225, § 3º, da CRFB/88 e art. 3º da Lei 9.605/98.

Bons estudos e memorização.

Contrariando o princípio *societas delinquere non potest*, o constituinte brasileiro acolheu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, visando, com isso, reprimir a macrocriminalidade desenvolvida no âmbito das empresas. Seguindo a linha doutrinária e legislativa dos Tratados e Convenções internacionais, adotou-se no Brasil, ao menos em tese, a viabilidade de responsabilizar criminalmente os entes coletivos. Tal repressão advém da urgência da tutela requerida pelo meio ambiente - natural, econômico e social -, bens de uso comum do povo cuja preservação está intrinsecamente ligada ao direito à vida.

O art. 225 da CF/1988 (LGL\1988\3), em seu § 3.º, assim se manifestou sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica: "Art. 225. (...) § 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Consequência dessa opção político-constitucional foi a inclusão, de forma expressa, da responsabilidade penal da pessoa jurídica no art. 3.º da Lei 9.605, de 12.02.1998 (Lei dos Crimes Ambientais) encerrando, ao menos no plano normativo, sob o prisma formal, a discussão sobre a sua legalidade e legitimidade.

1. Interferências da globalização no tema

Quando observamos os efeitos da globalização nos sistemas penais podemos concluir, em primeiro lugar, que existe um movimento na direção de uma internacionalização da repressão penal. A globalização, ao mesmo tempo em que incentiva a impunidade dos poderosos, na medida em que lhes fornece os instrumentos tecnológicos de que necessitam para movimentar o produto de suas atividades criminosas, contribui para a descriminalização de condutas tradicionalmente consideradas como delituosas.

Além disso, não parece nenhum absurdo admitir que as restrições às liberdades clássicas pelo Direito Penal globalizado possam levar, devido ao atual estágio das relações internacionais, a um incremento da atividade punitiva do Estado no âmbito interno, atingindo com isso não apenas o crime organizado, mas a criminalidade tradicional atribuída às massas excluídas.

Antes de analisar como está sendo configurado o Direito Penal unificado pela globalização, vamos analisar a porta de entrada no fenômeno da globalização no Direito Penal - a política econômica -



para posterior estudo de seus reflexos na sociedade, que passa a ser denominada "de risco" e, enfim, seus reflexos no sistema criminal, até chegarmos na problemática situação da responsabilidade penal dos entes coletivos.

2. Interferência da economia na política criminal

Impossível entender as razões da opção pela responsabilidade penal dos entes coletivos, instrumento importante dessa alteração da política criminal frente ao fenômeno da globalização, sem iniciarmos o estudo pela Economia. A vinculação entre a ordem econômica e o Direito Penal é realidade que não pode ser ignorada.

A modernidade trazida pela Revolução Industrial sofreu significativas alterações por força do desenvolvimento tecnológico¹⁴ e para atender necessidades econômicas.

Caracterizou essa pós-modernidade econômica da seguinte forma: (a) aumento do volume de recursos em circulação; (b) aumento da velocidade e intensidade das relações econômicas, tornando-as mais dinâmicas e diminuindo os espaços físicos; (c) redução do tempo para a prática das relações econômicas; (d) aumento da competitividade.

A soma do dinamismo acelerado das relações econômicas e da perda da referência temporal cria uma redução do tempo para a prática das relações sociais. Temos a volatilidade da idéia de mercado e de capital. Essa insegurança e descartabilidade associadas à idéia de poder, ampliam a competitividade, que faz sobrepor a estética sobre a ética. É exatamente nesse conjunto de fatores que as empresas tentam manter ou ampliar seus lucros e minimizar seus riscos, nem sempre sendo possível fazê-lo no campo da licitude de suas condutas.

Essa conjuntura econômica da chamada sociedade pós-industrial é campo fértil para a prática de abusos e uso desmoderado da força em busca da sobrevivência e destaque social, sinônimos de aumento de capital e de lucro.

Surgiu, então, a necessidade de um instrumento com alto poder de coerção para inibir a prática de relações econômicas abusivas. Imediatamente, pensou-se no Direito Penal.

3. Incompatibilidades práticas e dogmáticas dessa responsabilização

Inicialmente, importante explicitar que as críticas apresentadas sobre a responsabilidade penal dos entes coletivos estão localizadas no campo da dogmática do Direito Penal clássico.



Tendo essa viga mestra como referência, questiona-se: a responsabilidade penal da pessoa jurídica é adequada? Mostra-se necessária?

a) Partindo-se das consequências criminais da responsabilidade da pessoa jurídica, aparentemente a condenação da pessoa jurídica a uma pena que tem a mesma natureza pragmática de uma sanção administrativa, mostrando-se desnecessária.

Para que incluir o ente coletivo no polo passivo de uma relação processual criminal se, ao final, mesmo que o juiz opte pela condenação, as consequências jurídicas serão as mesmas daquelas decorrentes de uma ação civil pública? Obrigação de fazer sob pena de multa diária ou multa e indenizações.

Não existindo a possibilidade física e lógica de aplicar penas privativas de liberdade para as empresas, e observando essa modalidade de responsabilização sob o ponto de vista utilitarista, esse instrumento dogmático-constitucional mostra-se inútil.

b) A análise dogmática da responsabilidade penal da empresa deve, necessariamente, passar pelo problema da culpabilidade. Analisando-se o princípio da culpabilidade, evidentemente não se pode afirmar que uma pessoa que assim é considerada por ficção legal tenha vontade própria e dirija essa vontade para a prática de uma conduta proibida.

Dessa forma, inevitável concluir que a responsabilização será objetiva ou dar-se-á por fato de terceiro. Para alguns doutrinadores, isso seria um retorno ao primitivismo. Nesse sentido, a responsabilidade da pessoa jurídica, além de ser um retrocesso, apresenta-se como inadequada juridicamente.

c) Outro argumento contrário, também no campo da inadequação, diz respeito à maior dificuldade em condenar no plano criminal do que no plano administrativo.

Para que levar a pessoa jurídica para o plano criminal, sistema repleto de garantias e, portanto, de maior dificuldade de responsabilização, se o resultado jurídico no plano administrativo será o mesmo e o nível de garantias é reduzido?

Essa incoerência aparente também escancara uma contradição: levar sua migração para a seara penal, onde a apuração e a responsabilização mostram-se mais difíceis e a necessidade de responsabilizar os crimes no âmbito empresarial para diminuir seus índices.

4. Soluções encontradas para adequar a punição criminal das empresas

Diante dos problemas apresentados, surge a questão: de que forma conciliar problemas dogmáticos de incompatibilidade com o Direito Penal clássico com a necessidade de responsabilizar criminalmente os entes coletivos para tutelar o meio ambiente?

A busca da preservação da vida e da integridade física dos indivíduos, além de preservar o planeta para as gerações futuras deve prevalecer sobre as lacunas dogmáticas de nossos sistemas jurídicos, já não tão intransponíveis assim.

Se é político-criminalmente interessante, conveniente e necessário, deve-se alterar as leis ou sua interpretação para viabilizar a utilização desse instrumento que já foi constitucionalizado.

IMPORTANTE FRISAR: não se pode confundir a hermenêutica com o ativismo judicial, sem nenhum lastro na Constituição Federal.

Com base nessa premissa, desenvolveram-se na doutrina criminal atual algumas sugestões para estruturar dogmaticamente a responsabilidade da empresa, seja no âmbito criminal, seja no âmbito administrativo, ou ainda, em outros ramos do Direito.

a) Criação do Direito de Intervenção

Winfried Hassemer propõe o deslocamento da responsabilidade das pessoas jurídicas para um novo ramo do Direito, localizado, estruturalmente, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Esse novo ramo do Direito, denominado Direito de Intervenção, busca responsabilizar a pessoa jurídica com as mesmas penas previstas nos ordenamentos jurídicos atuais (multas e restritivas de direitos), mas sem o acervo de garantias constitucionais que não podem ser relativizadas no âmbito jurídico-penal.

Nessa linha dogmática, podemos citar o Direito de Mera Ordenação Social português, um ramo do Direito localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com aplicação de penas não privativas de liberdade e com um leque de garantias relativizado.

b) Teoria da responsabilidade penal indireta ou dupla imputação

Existe entendimento na doutrina sobre a utilização da responsabilidade do ente coletivo do Direito Civil para viabilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essa teoria é denominada de responsabilidade penal indireta.

Essa teoria consiste na atuação da pessoa física que age em nome e no interesse da pessoa jurídica para cometer crimes. Como de fácil percepção, essa teoria se coaduna harmonicamente com o art. 3.º da Lei 9.605/98. Trata-se da chamada teoria da dupla imputação: utiliza-se a personalidade



e a culpabilidade dos representantes das empresas (pessoas físicas com pensamentos e ações) e os interesses da pessoa jurídica e, somados, preenchem, de modo satisfatório, todos os elementos do delito. Teremos, na apuração e responsabilização penal, concurso necessário entre pessoa física e pessoa jurídica.

Dessa forma, pelo caminho da teoria da responsabilidade indireta ou teoria da dupla imputação, expressamente prevista no art. 3.º da Lei 9.605/98, soluciona-se o problema da culpabilidade, que será integralmente respeitado no momento da responsabilização da pessoa física, tanto mandante quanto a executora, nos moldes do parágrafo único do art. 3.º da Lei 9.605/98.

c) Outro caminho encontrado a solução na evolução histórica do conceito de sujeitos do Direito Penal e na sua interferência durante a construção da teoria do delito.

A presença de entes não-humanos no rol dos sujeitos de Direito Penal, por força do evidente desrespeito aos conceitos dogmáticos de culpabilidade e ação, é motivo de constante polêmica e de repulsa imediata à teoria de responsabilização criminal das empresas.

A evolução do Direito, e principalmente do Direito Penal, está umbilicalmente ligada à valorização do ser humano, tanto de forma individual quanto coletiva.

O posicionamento do ser humano como ponto central e de referência da ordem jurídica que se estava positivando, foi a grande conquista da humanidade no plano jurídico no fim da Idade Média.

O jusnaturalismo afirmava que as liberdades individuais advinham de direitos divinos, conhecíveis pela boa razão, sendo esperado do direito positivo tão-somente que os garantisse e respeitasse, como divinos que eram. Foi a fase do reconhecimento e da sobreposição do Direito Natural moderno que trouxe, em definitivo, o indivíduo para o centro das considerações políticas, filosóficas e jurídicas.

Mesmo na era dos Direitos Fundamentais, a pessoa humana permanece como ponto de referência da dogmática jurídica. Mantém-se a ideia da pessoa humana, individual e coletivamente considerada no centro das preocupações jurídicas.

A teoria dos sujeitos de Direito Penal e a definição das categorias dogmáticas do crime foram atingidas por essas influências. O indivíduo passa a ser o único sujeito de Direito Penal. Os conceitos dogmáticos da teoria do delito foram construídos e adaptados exclusivamente às suas capacidades.

Tendo toda essa evolução dogmática exposta, fica fácil vislumbrar a impossibilidade de incluir a pessoa jurídica no rol dos sujeitos de Direito Penal. O Direito Penal que conhecemos não foi construído, sob o ponto de vista dogmático, para abarcar essa integração.



Daí advém a dificuldade de se aceitar a responsabilização penal das pessoas jurídicas, vez que tal tarefa passa, necessariamente, por adequá-la às vigentes categorias de ação e culpabilidade, concebidas, em anos já afastados, em função das características físicas, psicológicas e biológicas das pessoas naturais.

Tendo sido as categorias dogmáticas de crime elaboradas precipuamente às vistas das características dos seres individuais, parece impossível que se consiga conceituar o agir de uma pessoa jurídica ao conceito dogmático de ação se este continuar a ser entendido como movimento corporal dirigido pela vontade.

As diferenças físicas entre os seres individuais e as corporações são, de fato, insuperáveis. Basta uma análise primária, mesmo que sem aprofundamento lógico, para identificá-las.

Mas existiria relevância jurídica para diferenciá-los previamente no campo da dogmática?

Tendo em vista a necessidade da tutela penal do meio ambiente e da responsabilidade das pessoas jurídicas, por força da constitucionalização e legalização dessa forma de responsabilidade e da relevância do bem jurídico meio ambiente para a nossa e as futuras gerações, justificou-se a diretriz de política criminal funcionalista recriando parte da teoria do crime para adaptá-la com a punição criminal de uma empresa.

E não cabe a crítica sobre essa renormatização estar sendo utilizada para burlar conceitos ontológicos e princípios garantistas, pois, especificamente nesse caso, podemos afirmar que as pessoas jurídicas, em sua essência, não possuem natureza ontológica, mas tão-somente teleológica; e que a tutela penal das empresas, especificamente quando atingem o bem jurídico meio ambiente, coaduna-se com todos os princípios penais garantistas, exceto o da culpabilidade, para aqueles que são contrários à aceitação da responsabilidade penal da empresa. Entretanto, passível de ser solucionada utilizando-se a responsabilidade penal indireta, apresentada no item anterior ou o juízo de imputação social e criminal, como será demonstrado a seguir.

d) Juízo de imputação social e criminal.

Segue-se, mais uma vez, a óbvia constatação de que a pessoa jurídica nunca terá potencial consciência da ilicitude. Entretanto, soluciona-se esse problema no campo do juízo de reprovação.

No momento de aplicar a lei, o julgador pode encontrar uma conduta e chegar a um juízo de reprovação social e criminal. Ao analisar o caso prático, com suas provas e circunstâncias, sendo reprovável a conduta da empresa, poderá essa vir a ser condenada. Não se trata de responsabilidade penal objetiva e nem responsabilidade penal por fato de terceiro.



Isso se dá pois a autoria do fato e a prova da materialidade não significam, necessariamente, uma condenação. É feito um juízo valorativo sobre a reprovação social da conduta.

5. Jurisprudência sobre o tema

a) Superior Tribunal de Justiça

Em que pese a discussão sobre a viabilidade ou não de sua aplicação, a previsão constitucional e legal no ordenamento jurídico brasileiro foram responsáveis por decisões judiciais no sentido da aplicação prática da teoria da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com algumas variações interessantes presentes nas motivações de nossos aplicadores.

Em julgamento do STJ, o Min. Felix Fischer assim se pronunciou: "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio'" (grifo nosso).

Em outro julgado da mesma Corte, o Min. Gilson Dipp, agora em sede de Recurso Especial, também da 5.ª T., assim decidiu:

"(...) II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. 'De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.' IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A



co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado...', pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal" (grifo nosso).

Julgado publicado no Informativo 438 do STJ, de junho de 2010 comprova esse posicionamento:

CRIME. MEIO AMBIENTE. PESSOA JURÍDICA. Conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, nos crimes que envolvem sociedades empresárias (nos quais a autoria nem sempre se mostra bem definida), a acusação tem que estabelecer, mesmo que minimamente, a ligação entre a empreitada criminosa e o denunciado. O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador não permite a instauração da persecução penal pelos crimes praticados no âmbito da sociedade, se não se comprovar, ainda que mediante elemento a ser aprofundado no decorrer da ação penal, a relação de causa e efeito entre as imputações e a função do denunciado na sociedade, sob pena de acolher indevida responsabilidade penal objetiva. Na hipótese, foi denunciada, primeiramente, a pessoa jurídica e, por meio de aditamento, a pessoa física. Em relação a esta última, o MP, quando do aditamento à denúncia, não se preocupou em apontar o vínculo entre ela e a ação poluidora. Só isso bastaria para tachar de inepto o aditamento à denúncia. Contudo, soma-se a isso o fato de haver, nos autos, procuração pública que dá poderes para outrem gerir a sociedade. Daí que o aditamento não se sustenta ao incluir a recorrente apenas por sua qualidade de proprietária da sociedade. A inépcia do aditamento também contamina a denúncia como um todo, em razão de agora só figurar a pessoa jurídica como denunciada, o que é formalmente inviável, pois é impossível a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, a qual age com elemento subjetivo próprio. Precedentes citados: RHC 19.734-RO, DJ 23/10/2006; HC 86.259-MG, DJe 18/8/2008, e REsp 800.817-SC, DJe 22/2/2010. [RHC 24.239-ES](#), Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/6/2010.



Entretanto, após verdadeira aula sobre o tema, o STJ, em 2015, relativizou o seu entendimento a respeito da dupla imputação e hoje admite que uma empresa figure como ré, isoladamente, em uma ação penal.

b) Supremo Tribunal Federal

Em 02.02.2006, a questão foi distribuída ao Min. Cezar Peluso. Enviado o RE 473.045/SC ao Procurador-Geral da República, este se posicionou favoravelmente à responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Indiretamente, a 2.^a T. do STF tratou do tema no HC 83.554/PR, ao diferenciar a responsabilidade do diretor da empresa e do ente coletivo no âmbito penal, em agosto de 2005.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema no RE 548.181/PR, não acatando o mesmo entendimento do STJ.

No referido julgamento, por 3 votos a 2, a 1.^a Turma do STF admitiu em tese a possibilidade de condenação da pessoa jurídica por crime ambiental e a absolvição das pessoas físicas, inclusive o gestor da empresa. Isso porque o STF desvinculou a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação às pessoas físicas supostamente autoras e partícipes do delito ambiental, em interpretação ao artigo 225, § 3.^o, da Constituição, adotando, portanto, a 1.^a corrente citada neste trabalho.

Como está esse posicionamento hoje?

O Superior Tribunal de Justiça, a partir de junho de 2015, aderiu à posição do STF. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1.^a Turma do STF, "O art. 225, § 3.^o, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte



das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 39.173/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015).

Com o atual posicionamento dos Tribunais Superiores, você deverá responder em sua avaliação que a teoria da dupla imputação necessária foi superada.

TEMA 2 – COLABORAÇÃO PREMIADA – LEI 12.850/2013 c.cc PACOTE ANTICRIME

O tema é disciplinado no art. 4º da Lei 12.850/2020. Trata-se de tema relevante que, mais recentemente, sofreu alterações pelo pacote anticrime - Lei 13.964/2019.

Bons estudos e memorização.

Trata-se de tema relevante que permeia diversos concursos públicos após a notoriedade das diversas operações vinculadas à Lava Jato, além da relativização, por força da natureza de negócio jurídico, de direitos e garantias individuais.

A Lei 12850 apresentou o conceito de organização criminosa, tipificou a conduta correlata e, no plano da persecução penal, dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. No âmbito dessa lei, aprimorou-se a antiga figura da delação premiada ampliando a sua atuação para hipóteses de efetiva colaboração com melhores prêmios aos agentes colaboradores.

Os 16 parágrafos originais já apresentaram o instituto, desde a sua criação, de forma analítica, o que exige do candidato que estuda muito cuidado com todos os detalhes.

Não bastasse a amplitude original do tema, com o pacote anticrime – Lei 13.964/2019, incorporou-se ao tema outros 3 (três) artigos na lei: 3-A, 3-B e 3-C, com seus respectivos parágrafos.

Muitas questões que haviam ficado pendentes em 2013 foram respondidas, tornando esse tema em objeto certo de arguição em seu concurso.

O estudo a seguir será feito mesclando o conteúdo antigo (art. 4.º) com o conteúdo novo (3-A a 3-C).



DA COLABORAÇÃO PREMIADA

1. Natureza jurídica e disposições gerais

Trata-se de um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. Tal assertiva foi positivada no art. 3-A da Lei para sanar qualquer discussão a respeito do conceito e da natureza jurídica do instituto da colaboração premiada.

Importante estudar o passo a passo das tratativas da formalização desse negócio jurídico entre o Estado e o criminoso colaborador. Sim, só pode colaborar em troca de prêmios quem confessa a atuação ampla e irrestrita nas organizações criminosas.

O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

Esse sigilo é importante porque a proposta de colaboração carrega em seu bojo a confissão do agente colaborador e demais fatos e elementos de prova relacionados ao fato e à organização. Essa proposta por, por exemplo, ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. É comum o Estado não ter interesse na colaboração pois já possui todas as provas necessárias para conseguir uma condenação futura.

Se não houver o indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. É um ponto de segurança que favorece a opção pela colaboração.

2. Procedimento de negociação

As investigações não são suspensas apenas pelo fato da proposta ser recebida e se tornar confidencial. Além disso, o acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. Nem sempre o agente colaborador possui todos os elementos informativos de prova de suas alegações, porém sabe apontar nomes e identificar locais, empresas, contas etc. em que tais elementos poderão ser obtidos pelo Estado de maneira preliminar para assegurar a plausibilidade de suas alegações.



No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados, ou seja, a confissão completa é requisito de admissão, homologação e manutenção dos prêmios acordados.

3. Presença obrigatória do advogado ou defensor público

Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. É expressamente vedada a assinatura de proposta de colaboração sem a assistência técnica da defesa, seja contratada seja pública.

A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

ATENÇÃO: nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

Existindo conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público. Isso significa que o advogado pode acabar aparecendo como suspeito e não poderá continuar representando o seu cliente, ao menos, na elaboração e assinatura da proposta de colaboração.

Cabe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. Se necessário, poderá requerer instrução prévia às autoridades, que possuem meios requisitórios para obter as provas faltantes, como requerimentos ao juiz de buscas e apreensão, eventuais flagrantes, bloqueio de bens e contas judiciais, acordos de cooperação internacional etc.

4. Consequências do indeferimento e da não-aceitação

Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante (Ministério Público ou Delegado de Polícia), esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. Devem tratar as informações como não escritas e não sabidas, pois a utilização posterior das informações sem lastro diferente do termo não aceito, acarretará na nulidade dos atos procedimentais ou processuais decorrentes dessa utilização ilegal.



5. Prêmios ao agente colaborador eficaz

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder:

- o perdão judicial,
- reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou
- substituí-la por restritiva de direitos
- o MP pode deixar de oferecer a denúncia se a proposta de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento¹ e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração.
- se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Os prêmios indicados dependerão da efetiva e voluntária cooperação com a investigação e com o processo criminal e, dessa colaboração, é obrigatório que advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

¹ Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.

6. Sigilo da colaboração premiada

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

Para assegurar esse sigilo, todas as informações pormenorizadas serão dirigidas diretamente ao juiz responsável pela homologação, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Além da distribuição, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento, para não atrapalhar na confirmação das informações apresentadas.

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

7. Conteúdo do termo de colaboração

O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- o aceite do colaborador e de seu defensor;
- as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família.
-

DEVERES DO COLABORADOR
1. cessar qualquer atividade ilícita, sob pena de rescisão.
2. não omitir, dolosamente, dados sobre os fatos objetos da colaboração.
3. renunciar o direito ao silêncio e prestar compromisso de dizer a verdade
4. participar das audiências sem contato visual com os outros acusados
5. não ter sua identidade revelada sem sua prévia autorização por escrito



6. cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados

Observação: são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

DIREITOS DO COLABORADOR

7. usufruir das medidas de proteção previstas em lei
8. ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados
9. ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes
10. participar das audiências sem contato visual com os outros acusados
11. não ter sua identidade revelada sem sua prévia autorização por escrito
12. cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados

8. Da homologação judicial

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

- I - regularidade e legalidade.
- II - adequação dos benefícios pactuados.
- III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos.
- IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Observação: não precisa ser espontâneo, basta ser voluntário.

O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.



Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

Por fim, a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

9. Disposições finais

Para a concessão do benefício, o celebrante levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

A depender da eficácia e da relevância das informações prestadas, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial.

O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

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

As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

10. Temas polêmicos resolvidos pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964, de 2019)

a) Nulidade do ato praticado pelo delatado antes do colaborador



Após algumas anulações nos Tribunais superiores, agora tornou-se expresso o respeito ao contraditório entre acusados, com o seguinte texto do artigo 4.º:

§ 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.

Evita-se, dessa forma, que o delatado fale antes de quem o está acusando de maneira colaborativa, respeitando-se o contraditório e, por fim, o devido processo legal.

b) Respeito à força probante de meras alegações de colaborador

Sem outras provas, nenhuma das medidas abaixo poderá ser tomada com base em colaboração isolada:

- I - medidas cautelares reais ou pessoais.
- II - recebimento de denúncia ou queixa-crime.
- III - sentença condenatória.

Espero que todos possam ler e reler os ensinamentos a respeito do tema que certamente será cobrado em seu concurso.

Bons estudos.

Professor Ivan Marques, @prof.ivanmarques

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TEMA 1 - INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL

Como sabemos, o incidente de insanidade mental é um 'processo incidente' destinado à verificação da higidez/saúde mental do réu, por haver 'fundada dúvida' quanto a esse estado.



Trata-se de procedimento possível de ser instaurado durante toda a persecução penal – inquérito, processo e até mesmo em fase de execução da pena, sempre mediante decisão judicial devidamente fundamentada.

Essa pluralidade de momentos para sua instauração e conclusão implica, por consequência, diversidade de possíveis resultados para o inquérito ou o processo. O que acontecerá com o investigado caso, no curso do inquérito policial, seja constatada a sua insanidade mental? Como ficará o cumprimento da pena fixada em sentença caso haja a superveniência dessa debilidade durante o curso da execução penal? O incidente de insanidade mental tem o condão de também suspender o decurso do prazo prescricional? Essas e outras questões serão respondidas a seguir; vamos lá!

I – Durante o inquérito policial

Considerando que o incidente tenha início e conclusão durante a fase investigativa da persecução penal, podemos visualizar três possíveis ‘cenários’, a partir do resultado do incidente, com as suas respectivas consequências:

a) Havia higidez mental à época do fato – investigado **tinha capacidade** para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento:

↳ a persecução penal terá seguimento, andamento normal. Encerrado o inquérito policial, será ele remetido ao Ministério Público para que tome as providências de praxe (devolução para eventuais diligências, oferecimento de denúncia, promoção de arquivamento etc.).

b) Não havia higidez mental à época do fato – investigado era **absolutamente incapaz** de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (doente mental):

↳ encerradas as investigações, o inquérito é encaminhado ao Ministério Público para que, presente a justa causa (suporte probatório mínimo), ofereça denúncia contra o investigado, oportunidade na qual não pugnará pela sua condenação e aplicação de pena (porquanto inimputável), como sói acontecer, mas sim pela sua *absolvição imprópria* e aplicação de *medida de segurança*, garantindo-se ao acusado, sempre, o devido processo legal.

c) Havia higidez mental à época do fato, mas não no momento do exame ou posteriormente:

↳ aplica-se o art. 152 do CPP; o juiz receberá a peça acusatória e suspenderá o processo até que o acusado se reestabeleça. Caso do sujeito que era imputável, quando da conduta, mas posteriormente foi acometido por doença mental.



II – Durante o processo

Com a instauração do incidente em ação penal já iniciada, o processo será suspenso, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento (art. 149, § 2º do CPP). Em relação às consequências do incidente, podemos visualizar quatro situações:

a) Não havia **higidez mental à época do fato** – inimputável, portanto:

↳ não obstante o resultado positivo para a inimputabilidade, se for constatada a existência de causa **excludente de ilicitude, tipicidade ou de culpabilidade** (que não a inimputabilidade), o juiz absolverá o acusado propriamente (sem aplicação de medida de segurança). A absolvição própria, naturalmente, tem prioridade sobre a imprópria. Embora a medida de segurança não seja, estritamente, uma sanção, implica em restrições à liberdade; restrições essas que o sujeito estaria isento em caso de absolvição propriamente dita (por se reconhecer excludente outra), nos termos do art. 386, VI do CPP.

↳ Em **não havendo outras causas excludentes**, o juiz proferirá sentença absolutória imprópria, aplicando-lhe medida de segurança. Claro, em se reconhecendo que foi o autor de um injusto penal (materialidade e autoria). Não se pode descartar a possibilidade de não haver provas suficientes contra o inimputável.

b) Não havia **completa higidez mental à época do fato** – imputado **não era inteiramente incapaz** de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento:

↳ o réu poderá ser condenado, ao final do processo, mas fará jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único do Código Penal. É possível, ainda, que a pena privativa de liberdade seja substituída por medida de segurança, caso necessite o acusado de tratamento curativo, nos termos do art. 98 do Código Penal.

c) Havia **higidez mental à época do fato**:

↳ O processo tem normal prosseguimento; afinal, o acusado é imputável. Será processado e julgado como qualquer pessoa.

d) Havia **higidez mental à época do fato, mas não no curso do processo**:

↳ aplica-se o art. 152 do CPP, suspendendo-se o processo até que o acusado se reestabeleça. É isso que ocorre quando se constata que a doença mental apareceu depois da conduta criminosa.

III – Durante a execução penal

O apenado será transferido para hospital ou estabelecimento psiquiátrico.

↳ Se houver recuperação, o apenado volta a cumprir a pena; o tempo de internação, nesse caso, será computado como tempo de cumprimento da sanção (art. 41 do CP).

↳ Se improvável a recuperação, o remanescente da pena será convertido em medida de segurança. Havendo recuperação, a medida será extinta e o condenado, desinternado; nesse caso, não retornará à prisão.

IV – Processo e prazo prescricional

Conforme já registrado, a instauração do incidente de insanidade mental em ação penal já iniciada implica a suspensão do processo até a sua resolução, nos termos do § 2º do art. 149 do CPP.

Contudo, questiona-se: **o prazo prescricional também será suspenso?**

A resposta deve ser **negativa**, pelas seguintes razões:

a) não há qualquer previsão legal de suspensão do curso do prazo prescricional para o presente incidente; o art. 149, § 2º do CPP prevê apenas a suspensão 'do processo';

b) com esteio no princípio do *favor rei*, não deve ser admitido que se interprete o art. 149, § 2º de maneira desfavorável ao acusado, *i.e.*, impedindo a fluência do prazo prescricional;

c) O legislador, seja no CPP, seja nas leis esparsas, quando opta pela suspensão da prescrição, o faz expressamente, como no caso da suspensão do art. 366 do CPP e na suspensão condicional do processo (art. 89, § 6º da Lei 9099/95);

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, **ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Lei 9.099/95. Art. 89. [...] § 6º **Não correrá a prescrição** durante o prazo de suspensão do processo.

d) ainda, é importante assinalar que o incidente de insanidade mental não constitui a causa impeditiva do curso da prescrição prevista no art. 116, I do CP: "*I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime*". Entende-se que esse inciso se refere exclusivamente às questões prejudiciais dos artigos 92 a 94 do CPP, isto

é, às questões prejudiciais atinentes ao direito civil, como, por exemplo, a real propriedade da *res furtiva*, ou a discussão da validade do primeiro casamento de um acusado por bigamia.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

SUSPENSÃO DO PROCESSO DEVIDO A INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL (ART. 149, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO. [...] 3. Em que pese o incidente de insanidade mental instaurado entre 3/11/2008 e 25/2/2010 ter suspenso o processo, tenho que **não suspende a prescrição, por falta de previsão legal**. À exceção dos casos enumerados nos arts. 116 e 117 do Código Penal, todas as outras hipóteses em que a suspensão do processo acarreta a suspensão da prescrição devem ser previstas em lei. Na espécie, não se pode interpretar o art. 149, § 2º, do Código de Processo Penal, que prevê a suspensão do processo durante o curso do incidente de sanidade mental, de maneira desfavorável ao réu, suspendendo-se, também, a prescrição, uma vez que esta providência não consta do texto legal. [...] (HC 270.474/RN, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/08/2013)

TEMA 2 - ATUAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Nas ações penais públicas condicionadas e incondicionadas, pode o ofendido ou seu representante legal (e, na sua falta, o cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmão – art. 31 do CPP) atuar no processo, por meio de advogado/defensor, em assistência ao Ministério Público, para ver satisfeitos os seus interesses na punição do ofensor ou na reparação dos danos por ele causados.

O assistente apenas será admitido no processo por decisão judicial, que será tomada após oitiva do Ministério Público a esse respeito. Em caso de indeferimento, essa decisão será irrecorrível; por outro lado, doutrina e jurisprudência consideram que essa decisão é impugnável via mandado de segurança, caso seja constatada ofensa a direito líquido e certo do ofendido.

As balizas da atuação do assistente de acusação são delineadas pelo art. 271 do CPP; há legitimidade para a prática de uma variedade de atribuições. Vale registrar que é pacífico no STJ que as atribuições previstas nesse dispositivo constituem um **rol taxativo**, o que, aliás, é objeto de críticas por significativa parte da doutrina.

Vejamos, pois, as possíveis incumbências do assistente de acusação segundo o CPP:



a) Propor meios de prova:

Meios de prova são os instrumentos mediante os quais as fontes de prova e seus elementos probatórios são inseridos no processo.

Dessa forma, ao assistente de acusação é permitido juntar documentos, requerer acareações e reconhecimentos, requerer exames periciais, formular quesitos, indicar assistente técnico, requerer diligências ao final da instrução criminal, dentre outros meios de prova.

↳ O STJ admite que o assistente de acusação também **arrole testemunhas²**, desde que **respeitado o número máximo** previsto para o procedimento – ou seja, apenas poderá suprir o rol apresentado pelo Ministério Público até o limite máximo –, tanto que o faça **tempestivamente**, i.e., até a apresentação da resposta à acusação pela defesa.

b) Requerer perguntas às testemunhas:

O assistente de acusação poderá formular perguntas diretamente à testemunha, após o Ministério Público e antes da defesa.

c) Aditar o libelo acusatório:

O libelo acusatório era a peça processual que inaugurava a segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri (*judicium causae*), e consistia em uma exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, de forma articulada, em conformidade com os termos da pronúncia.

↳ A figura do chamado “libelo acusatório” foi **suprimida** do ordenamento jurídico com a reforma do Código de Processo Penal em 2008, de modo que não há mais libelo a se aditar pelo assistente de acusação.

Apesar disso, a doutrina assinala que, embora não haja expressa previsão nesse sentido, poderia o assistente de acusação, na fase de preparação do processo para o julgamento pelo Júri, propor meios de prova, também arrolar testemunhas para serem inquiridas em plenário e requerer diligências, devendo, pois, ser intimado por ocasião dessa fase.

d) Aditar os articulados:

² STJ – Jurisprudência em Teses, ed. 111, tese nº 1.

'Articulados' nada mais são do que as manifestações das partes. No caso, considerando a atuação do assistente, o artigo se refere às do Ministério Público; a título de exemplo: as alegações finais por memoriais. O assistente não está, pois, adstrito ou vinculado à manifestação do *parquet*.

A bem da verdade, não se está diante de um "aditamento"; o assistente oferecerá as suas próprias peças processuais.

e) Participar do debate oral:

Essa faculdade é visualizada em dois momentos diversos:

↳ alegações finais orais: ao término da instrução criminal, não sendo caso de determinação de diligências, após o oferecimento das alegações finais orais pelo Ministério Público, o assistente de acusação terá 10 (dez) minutos para apresentar as suas alegações (art. 403, § 2º do CPP).

↳ Debates orais no plenário do Tribunal do Júri: o assistente poderá fazer uso da palavra para apresentar as suas razões ao Conselho de Sentença após a fala do Ministério Público, com o qual dividirá o tempo máximo para manifestações concedido à acusação, com um todo (arts. 476, § 1º e 477, § 1º do CPP).

f) Arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público:

O assistente de acusação disporá do prazo de 3 (três) dias para arrazoar o recurso de apelação interposto e já arrazoado pelo Ministério Público, nos termos do art. 600, § 1º do CPP.

g) Arrazoar recursos por ele mesmo interpostos nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598:

no âmbito dos recursos, o assistente de acusação é concebido como um "legitimado especial ou restrito"; ou seja, está limitado a hipóteses recursais bem específicas, proporcionais à abrangência de sua atuação no processo.

Três hipóteses merecem registro:

1. **Apelação** de sentença em crimes de competência do Tribunal do Júri e do juiz singular, pelo ofendido ou por seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão (art. 31 do CPP), na hipótese do art. 598 do CPP.

Trata-se do caso em que o Ministério Público não interpõe o recurso de apelação no prazo legal, abrindo-se a possibilidade de que o ofendido, **independentemente de prévia habilitação como assistente**, interponha uma apelação supletiva, no prazo de 15 (quinze) dias contados do dia em que decorrido o do Ministério Público (art. 598 do CPP).



A respeito do referido prazo, confira a redação da Súmula 448 do STF, que em verdade apenas reafirma a previsão legal:

Súmula 448, STF: O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.

2. Apelação contra sentença de impronúncia, nos termos do art. 584, § 1º, primeira parte, c/c art. 598 do CPP.

Atenção nesse caso. Pela simples leitura do referido artigo, que pertence ao Capítulo II (referente ao recurso em sentido estrito - RESE), poder-se-ia entender que realmente se trata de hipótese de RESE. Contudo, pela redação atual do art. 416 do CPP, dada pela Lei 11.689/2008, contra decisão de impronúncia caberá **apelação**, e não mais recurso em sentido estrito.

3. Recurso em sentido estrito contra sentença que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade (inciso VIII do art. 581 do CPP), conforme art. 584, § 1º, segunda parte, c/c arts. 581, VIII e 598 do CPP.

As hipóteses de extinção da punibilidade estão previstas no art. 107 do CP:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.



Ao demais, note que o assistente de acusação pode, ainda, recorrer extraordinariamente nas três hipóteses acima indicadas, nos termos da Súmula 210 do STF:

Súmula 210, STF: O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Cód. de Proc. Penal.

Parte da doutrina registra que a Súmula deve ser interpretada no sentido de contemplar também o Recurso Especial ao STJ, na medida em que, à época da edição do enunciado, referido recurso ainda não existia no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, é importante registrar que a doutrina se envereda no sentido de que, excepcionalmente, deve ser ampliada a legitimação recursal do assistente de acusação, mormente quando isso se mostrar imprescindível a tornar eficazes as prerrogativas previstas no art. 271 do CPP.

É dizer: de pouco adiantaria facultar ao assistente de acusação a interposição de apelação ou recurso em sentido estrito (em determinadas hipóteses), mas não lhe facultar os meios de impugnação a um eventual não recebimento dos recursos pelo magistrado. A sistemática concernente à atuação do assistente de acusação deve ter um fechamento lógico; por conseguinte, poderia ele utilizar do RESE, com fundamento no art. 581, XV do CPP, para impugnar a decisão que não recebe a sua apelação; ou da carta testemunhável para se insurgir contra o não recebimento do seu recurso em sentido estrito, por exemplo.

h) Formular pedido de desaforamento:

O art. 427 do CPP prevê expressamente a legitimidade do assistente de acusação para requerer o desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Parte da doutrina se utiliza dessa autorização legal para afirmar que o assistente de acusação também teria legitimidade para opor exceções de suspeição e impedimento.

↳ A linha de argumentação é a seguinte: se ao assistente é facultado requerer o desaforamento por haver dúvida quanto à **imparcialidade** dos jurados (uma das hipóteses previstas no art. 427), seria incongruente não se admitir que ele possa alegar **suspeição ou impedimento** dos sujeitos atuantes no processo penal, em especial o magistrado e o membro do Ministério Público.



DIREITO CIVIL E LEGISLAÇÃO CIVIL ESPECIAL

TEMA 1 - DIREITOS DA PERSONALIDADE: A POLÊMICA DAS BIOGRAFIAS

Eduardo Calvert

Nessa rodada falaremos sobre um tema que gerou grande controvérsia no cenário nacional envolvendo artistas, juristas e editores, referente à necessidade de autorização do biografado ou de seus herdeiros quando da edição de obras biográficas.

O tema envolve os direitos da personalidade e a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, bem como a ponderação entre os direitos da personalidade, e os princípios e garantias constitucionais que os amparam, e outros princípios e garantias constitucionais, especialmente a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação.

A partir da leitura dos artigos 20 e 21 do Código Civil, pode-se entender que a publicação de obras biográficas dependa de autorização da pessoa biografada ou de seus herdeiros, bem como que tais pessoas teriam o direito de impedir ou fazer cessar a divulgação da obra:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Com base nesses dispositivos legais, diversas obras biográficas tiveram suas edições impedidas em razão da manifestação em contrário dos biografados ou seus herdeiros: as obras “Roberto Carlos em detalhes”, de Paulo César de Araújo, “Lampião, o Mata Sete”, de Pedro de Moraes, “Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha”, de Ruy Castro e “Sinfonia Minas Gerais – a vida e a literatura de João Guimarães Rosa”, de Alair Barbosa, chegaram a ter a edição proibida judicialmente, enquanto a obra “Paulo Leminski – o bandido que sabia latim”, de Toninho Vaz, deixou de ser publicada pela editora em razão da discordância dos familiares do biografado.



A questão, no entanto, não se resume à interpretação dos dispositivos legais, mas envolve princípios constitucionais que se mostram em conflito no caso concreto, especialmente a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação (artigo 5º, IV e XIV, da Constituição Federal) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X, da Constituição Federal).



↳ É da essência do sistema jurídico a existência de conflitos ou contradições entre princípios, os quais, isoladamente considerados, levariam a soluções diversas. A superação de uma situação que envolve o conflito de princípios não aplicará os mesmos parâmetros daquela em que haja um conflito entre regras; no conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro. A técnica da ponderação se ocupará de casos em que se identifiquem confrontos de razões, de interesses, de valores e de bens albergados por normas constitucionais, com o propósito de solucionar esses confrontos de forma menos traumática para o sistema, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas.

A leitura isolada das disposições dos artigos 20 e 21 do Código Civil, apesar de se alinhar aos princípios da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, poderia levar a conclusões que implicariam em grave desrespeito aos princípios da liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação. Necessária uma interpretação das normas legais que seja capaz de albergar todos os princípios incidentes de forma menos traumática para o sistema jurídico.

O Supremo Tribunal Federal analisou a questão por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, a qual foi julgada procedente, em acórdão relatado pela Ministra Carmen Lúcia, para dar interpretação conforme aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, e declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Veja a ementa do julgamento:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA

CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

(...)

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação



artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”.
.

Trata-se de acórdão com mais de 250 (duzentos e cinquenta) páginas, cuja leitura se indica unicamente para aqueles e pretendam se aprofundar no conhecimento do tema. Importante, no entanto, destacar que em seu voto a Ministra Relatora afirmou que as liberdades de pensamento e de sua expressão, de criação artística, científica, literária e cultural, bem como o direito à informação (no sentido de informar, informar-se e ser informado), todas previstas no artigo 5º da Constituição Federal, são plenas e combinam-se com a norma do artigo 220 da Constituição Federal, que proíbe a censura de qualquer natureza.

Segundo a relatora, o artigo 5º, X, da Constituição Federal já traz em seu texto a solução para a hipótese de violação da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas: a indenização.

Nesse específico, merecem leitura os seguintes trechos:

Também garante a inviolabilidade da intimidade (a essência resguardada de cada um), da privacidade (o que não se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles com quem recai a escolha), da honra (que se projeta a partir da formação moral e dos valores que determinam as ações de cada um e fazem a pessoa reconhecida, para o que se precisa da liberdade) e da imagem (construída a partir da livre escolha do que se quer ser). Se houver ofensa – o que pode acontecer, pelas características humanas – , o autor haverá de responder por essa transgressão, na forma constitucionalmente traçada, pela indenização reparadora ou outra forma prevista em lei.

Não se admite, na Constituição da República, sob o argumento de se ter direito a manter trancada a sua porta, se invadido o seu espaço, abolir-se o direito à liberdade do outro. No caso do escrito, proibindo-se, recolhendo-lhe a obra, impedindo-se a circulação, calando-se não apenas a palavra do outro, mas amordaçando-se a história. Pois a história humana faz-se de histórias dos humanos, ou seja, de todos nós.

(...)

Há o risco de abusos. Não apenas no dizer, mas também no escrever. Vida é experiência de riscos. Riscos há sempre e em tudo e para tudo. Mas o direito preconiza formas de serem reparados os abusos, por indenização a ser fixada segundo o que se tenha demonstrado como dano. O mais é censura. E censura é forma de “calar a boca”. Pior:



calar a Constituição, amordaçar a liberdade, para se viver o faz de conta, deixar-se de ver o que ocorreu.

Ou seja, na hipótese concreta de publicação de obras biográficas, no confronto entre a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação (artigo 5º, IV e XIV, da Constituição Federal) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X, da Constituição Federal), deve prevalecer a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de informação, de forma que não se exige a autorização do biografado ou de seus familiares.

Essa a melhor interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, os quais não podem ser utilizados para concretizar hipótese de censura.

Os direitos à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas deve ser garantido por meio de outras ferramentas admitidas no ordenamento jurídico, como a indenização e o direito de resposta.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento da ADI 4.815 pelo STF, decidiu justamente pela possibilidade de condenação em danos morais e na obrigação de conceder direito de resposta para esclarecimento da verdade:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHO RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO POR PREMATURIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. SÚMULA 7/ST.

1. Consoante se extrai do acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 4.815/DF, a dispensa de autorização prévia dos envolvidos para a publicação de biografias implica a responsabilidade a posteriori por danos comprovadamente causados. Extrai-se do voto da relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que "não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio."

2. A liberdade de expressão acarreta responsabilidade e não compreende a divulgação de falsidade e a prática de crimes contra a honra. A divulgação de episódio falso, como se verdadeiro fosse, além de ofender a honra do lesado, prejudica o interesse difuso do



público consumidor de bens culturais, que busca o conhecimento e não a desinformação.

3. Publicação de livro imputando falsamente a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico. Ampla divulgação na mídia impressa, televisiva e virtual, tendo acarretado também processo criminal contra o autor perante o Supremo Tribunal Federal por crime de racismo e processo de cassação de mandato perante a Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar.

4. Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em recurso especial quando ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.

Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos.

6. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito.

7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130.

Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944).

8. Segundo o entendimento pacífico do STJ, ao juiz, como destinatário da prova, cabe indeferir as que entender impertinentes, sem que tal implique cerceamento de defesa. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Tendo sido negado processamento ao recurso de apelação interposto pela Editora, por decisão transitada em julgado, não cabe apreciar sua inconformidade de mérito em grau de recurso especial.



10. A alteração dos valores dos honorários advocatícios fixados pelo Tribunal de origem, quando não irrisórios ou excessivos, exige o reexame de fatos e provas incabível no âmbito do recurso especial.

Incidência da Súmula nº 7/STJ.

11. Recurso especial de Ronaldo Ramos Caiado parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

12. Recurso Especial de Fernando Gomes de Moraes conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

13. Recurso especial de Editora Planeta do Brasil Ltda não conhecido.

(REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016)

Antes, ainda, do julgamento da ADI pelo STF, o STJ havia se manifestado pela possibilidade de condenação dos editores ao pagamento de indenização por danos morais, em julgamento de demanda promovida pelos herdeiros do biografado em decorrência da publicação do livro “Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha”, de Ruy Castro:

CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.



Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Segundo recurso especial das autoras não conhecido.

Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.

(REsp 521.697/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 276)

TEMA 2 - PROPRIEDADE: VISÃO GERAL E FUNÇÃO SOCIAL

Eduardo Calvert

Nessa rodada falaremos sobre o mais completo direito real: o direito de propriedade, bem como sobre a sua função social.

Considera-se a propriedade o mais amplo dos direitos reais, o chamado “direito real por excelência” ou “direito real fundamental”. Pode-se dizer que o conceito de propriedade está presente em cada espírito, ou seja, é natural ao senso comum a ideia de que ser dono ou proprietário de algo representa a capacidade de se fazer o que é da vontade do ser humano em relação a determinado bem.

Tão natural é o conceito de propriedade ao homem que a sua existência precede a própria existência do direito. A propriedade é um fato que iniciou sua existência naturalmente, como consequência de um impulso instintivo de reservar o homem para si os bens necessários a fim de sobreviver.

A propriedade envolve a sensação e a convicção de ser alguém dono da coisa, abstraída qualquer possibilidade de terceiros interferirem no poder de comando e de soberania sobre a mesma coisa³.

³ Arnaldo Rizzardo. Direito das Coisas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 167.



O Código Civil, em seu artigo 1.228, define a propriedade a partir dos seus atributos e dos poderes do proprietário: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

↳ **Faculdade de usar (ius utendi):** dar à coisa a destinação econômica que lhe é própria, ou seja, utilizar dela sem alteração de sua substância.



Direito de gozar ou de usufruir (ius fruendi): extrair benefícios econômicos da coisa, traduzindo-se na percepção, pelo titular, de frutos naturais e civis da coisa, beneficiando-se de seus produtos.

Faculdade de dispor (ius abutendi): poder de decidir quanto ao destino a ser dado à coisa (aliená-la a qualquer título, gravá-la de ônus, alterá-la ou mesmo destruí-la).

Reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha (rei vindicatio): defesa do direito de propriedade e se exerce por meio de ação reivindicatória.

Para fins didáticos, Orlando Gomes conceitua a propriedade sob três diferentes pontos de vista: sinteticamente, a propriedade seria a submissão de uma coisa em todas as suas relações a uma pessoa; analiticamente, a propriedade seria o direito de usar, fruir e dispor de uma coisa, e de reavê-la de quem quer que injustamente a possua; descritivamente, a propriedade seria o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei⁴.

Os termos “domínio” e “propriedade” são usualmente tratados como sinônimos. O vocábulo “propriedade” tem significação mais amplo, abrangendo tudo aquilo que for passível de apropriação pelo homem e tenha conteúdo patrimonial, incluindo bens corpóreos e bens incorpóreos (propriedade artística, literária, científica, industrial); já o termo “domínio” refere-se a bens corpóreos, móveis ou imóveis.

É objeto da propriedade todo e qualquer bem passível de apropriação pelo homem e que detenha valor econômico. Incluem-se neste conceito bens materiais corpóreos (bens móveis, imóveis e

⁴ Direitos reais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, tomo 1º, p. 118.

semoventes) e bens incorpóreos, como a propriedade literária, artística e científica (Lei 9.610/1998), o fundo de comércio, as patentes de invenção, as marcas industriais etc.

Toda e qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do direito de propriedade, não havendo restrições acerca da capacidade de adquirir bens. É possível, ademais, a existência de mais de um titular do mesmo bem, o que consiste no condomínio.

Há limitação constitucional, unicamente, em relação à aquisição de imóvel rural por pessoa física ou jurídica estrangeira (artigo 190 da Constituição Federal e Lei 5.709/1971), ou à aquisição, por estas mesmas pessoas, de imóveis rurais em faixa de fronteira (Lei 6.634/1979).

Nos termos do artigo 1.231 do Código Civil, *“a propriedade se presume plena e exclusiva, até prova em contrário”*. Por *“plena”*, entende-se que, via de regra, todos os atributos da propriedade (usar, gozar, dispor) reúnem-se na pessoa do proprietário, conferindo-lhe a propriedade plena, ou seja, sem restrições em relação à sua extensão.

Sabe-se, no entanto, que essas faculdades podem ser desmembradas, criando-se direitos reais limitados a favor de terceiros.

Em relação à exclusividade, o artigo significa que a propriedade é excludente de outra senhoria sobre a mesma coisa, consequência natural do caráter absoluto, do efeito *erga omnes* do direito real e da própria característica da propriedade como relação direta e imediata entre o titular do direito e a coisa, que dispensa a intermediação de terceiros. O condomínio não constitui exceção a esta regra, uma vez que a propriedade dos condôminos incide sobre parte ideal da coisa.

CURIOSIDADE



Curioso perceber que tratamento dado pelo ordenamento jurídico à propriedade tem íntima relação com a forma de organização política e econômica adotada pelo estado e as ideologias dominantes naquele período histórico.

A ascensão do liberalismo após a vitória da burguesia na Revolução Francesa e a consequente dominância da dogmática individualista e patrimonialista nas codificações do século XIX leva a propriedade (símbolo máximo da capacidade de assenhoração dos bens) a ser considerada como expressão própria da personalidade do homem, inclusive com fundamentos religiosos. Essa concepção dominou as legislações ocidentais do século XX.

Paralelamente, no entanto, a partir das doutrinas comunistas que pregam a ideia de propriedade comum dos meios de produção, a Revolução Comunista de 1917 deu origem a um bloco de estados cuja constituição previa a abolição da propriedade privada sobre os meios de produção.

Nos termos do artigo 4º da Nova Constituição Soviética de 1936, “a base econômica da URSS consiste no sistema econômico e na posse socialista dos utensílios e meios de produção, firmemente estabelecidos em substituição ao sistema econômico capitalista, com abolição da propriedade privada dos utensílios e meios de produção e com a eliminação da exploração do homem pelo homem”.

Note-se que, enquanto os diplomas legais ocidentais, influenciados pela legislação francesa posterior à Revolução, tratavam a propriedade como direito absoluto e expressão da própria personalidade do homem, o estado comunista praticamente abolia a propriedade privada, com exceção de bens de uso pessoal.

Função social da propriedade.

Nos termos do artigo 1.228, § 1º, do Código Civil, “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Trata-se de limitação imposta à liberdade do indivíduo em relação à forma de exploração da propriedade particular, a qual deve atender não unicamente a desígnios de natureza individual e egoísta, mas também promover os demais valores constitucionais.

Atualmente, especialmente à luz dos paradigmas legais e constitucionais que amparam o ordenamento jurídico, o conceito liberal de propriedade que vigorou durante boa parte do século XX, que a identificava com o aproveitamento e a disposição da coisa “da maneira mais absoluta”, mostra-se superado.

Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns.

Diante da “socialização das mentalidades”, a propriedade deixou de deter uma posição soberana diante de outros direitos, sendo acolhidos nos ordenamentos modernos direitos sociais como o direito natural à vida e aos meios indispensáveis para que a pessoa se desenvolva dignamente.

Por outras palavras, no panorama constitucional, a propriedade privada deixa de atender apenas aos interesses proprietários, convertendo-se em instrumento para proteção da pessoa humana, de tal sorte que o exercício do domínio há de respeitar e promover situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ele atingidas. Consequentemente, os poderes concedidos ao proprietário só adquirem legitimidade na medida em que se exercício concreto desempenhe função merecedora de tutela.



Daí decorre que, quando certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico⁵.

Pode-se compreender a função social da propriedade, não como uma limitação ao direito pleno de propriedade, mas como elemento que integra o próprio conceito de propriedade e molda o estatuto proprietário na sua essência. Não é algo externo ao direito de propriedade, mas uma característica que integra a definição do instituto e legitima o próprio exercício da propriedade. A função social seria

“a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”.

Miguel Reale, que coordenou o anteprojeto do atual Código Civil, afirmou que o novo conceito de propriedade trazido pelo diploma é baseado

“no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quiritária de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor”⁶.

Ou seja, o conceito de propriedade sofreu profunda modificação, passando da clássica definição de direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa, para a

“relação jurídica complexa, que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros”⁷.

A função social da propriedade deve ser considerada, portanto, um elemento interno do domínio que restringe a liberdade de atuação do proprietário, sob a justificativa de que as liberdades constitucionais não podem ser consideradas isoladamente, mas sim inseridas no contexto das demais garantias constitucionais. Assim, deve-se compatibilizar a propriedade com as “situações

⁵ Comentários ao Código Civil: direito das coisas, 14. Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244.

⁶ Visão geral do projeto do CC, Cidadania e Justiça. Revista da Associação Brasileira dos Magistrados do Rio de Janeiro, v. V, nº 10, 1º semestre de 2001, p. 64.

⁷ Francisco Eduardo Loureiro. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 7ª ed. Barueri, SP: Manole, p. 1.190.



não proprietárias”, transformando a propriedade em instrumento para a realização do projeto constitucional (acesso a garantias fundamentais).

A Constituição Federal brasileira demonstra, em seu texto, a contraposição dialética entre o fundamento liberal da propriedade, a qual é apontada como garantia fundamental no *caput* e no inciso XXII do artigo 5º, e o Estado Social de Direito, ao prever que “a propriedade atenderá à sua função social” (artigo 5º, XXIII). A mesma contraposição é verificada entre os incisos II e III do artigo 170, que trata dos princípios da ordem econômica.

Diversos institutos jurídicos, extraídos da própria Constituição Federal ou da legislação infraconstitucional, concretizam a função social da propriedade.

O artigo 182, § 4º, no capítulo da Constituição Federal que trata da política urbana, faculta ao Poder Público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto predial progressivo ou desapropriação.

O artigo 184 da Constituição Federal permite à União “desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária”⁸.

Há previsão, ainda, da usucapião especial urbana e da usucapião especial rural, para as quais o requisito temporal é extremamente reduzido (5 anos), desde que o possuidor utilize da área para sua moradia e, última análise, dê destinação econômica adequada ao imóvel (artigos 183 e 191 da Constituição Federal).

O Código Civil trouxe, no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, uma novidade legislativa que permite a alienação compulsória de imóvel que consista em

“em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

⁸ O artigo 186 da Constituição Federal descreve quais os critérios para se aferir o cumprimento da função social pelo imóvel urbano: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Essa nova disposição também prestigia a função social da propriedade, concedendo a prerrogativa aos possuidores que tenham dado à área destinação social em detrimento do proprietário, que não dê ao imóvel destinação econômica adequada.

Para a aquisição da propriedade, os possuidores deverão pagar ao proprietário justa indenização a ser fixada pelo juiz. Não se trata, portanto, de hipótese de usucapião, tendo em vista a necessidade de pagamento por parte dos adquirentes; nem tampouco se trata de desapropriação, uma vez que a prerrogativa não envolve a participação da Administração Pública.

A aplicabilidade prática do instituto, no entanto, levanta uma série de dúvidas, as quais não contam ainda com respostas seguras do Poder Judiciário, tendo em vista a dificuldade de se encontrar exemplos concretos de aplicação da nova hipótese.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA 1 - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Olá pessoal! Aqui é **Rogério Cunha**, professor do Estratégia Carreira Jurídica, e, na disciplina de Direito da Processual Civil, vamos discutir um assunto atual, que certamente será explorado em provas objetivas e dissertativas da magistratura estadual, a duração razoável do processo.

As normas fundamentais do processo civil, previstas nos arts. 1º a 15, e representam a tentativa do legislador em estabelecer normas jurídicas (**regras ou princípios**⁹) que sejam a base, o fundamento, não só do Código de Processo Civil, mas do processo civil como um todo. Como disse Cassio Scarpinela Bueno¹⁰:

“o conteúdo dos arts. 1º ao 11 do CPC de 2015 serão significativos da necessidade de se pensar o Código e o direito processual civil de maneira mais ampla, a partir da Constituição e do modelo que ela impõe a eles, não limitado, portanto, às amarras textuais e às escolhas que o legislador infraconstitucional tenha feito. Este, aliás, é um dos diversos paradoxos do CPC de 2015: enaltecer, como enaltece, o “modelo

9 FPPC: Enunciado 370. (arts. 1º a 12) Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio.

10 Manual de Direito Processual Civil. 2016. São Paulo. Saraiva. P. 94



constitucional do direito processual civil” desde seu art. 1º e descumpri-lo, com maior ou menor frequência, inclusive na etapa final de seu processo legislativo.”

As normas previstas no art. 1º a 15 do Código de Processo Civil não esgotam os fundamentos do processo, não se tratando de um rol exaustivo (FPPC, Enunciado 369).

Dentre as normas fundamentais do processo temos a duração razoável do processo, que já havia sido incluída expressamente em nossa Constituição pela EC 45/2004, que incluiu o inciso LXXVIII, no art. 5º da Constituição Federal com a seguinte redação “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

De fato, a constituição garante a todos no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, como garantia de efetividade do devido processo legal, contudo, não se pode deixar de mencionar que se trata de conceito vago, que demanda a adoção de certos critérios para a materialização desse direito fundamento. Para tanto se tem adotado os critérios do **Tribunal Europeu de Direito Humanos**¹¹, no sentido de que serão considerados:

- a) a complexidade da causa;
- b) O comportamento das partes;
- c) o contexto em que se desenvolveu o processo;
- d) a atuação das autoridades judiciais e e) a importância do litígio para os demandantes.

Na **Corte Interamericana de Direitos Humanos** em dois casos paradigmáticos (*Caso Baldeón García Vs Peru*¹² *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*¹³) e em interpretação do artigo 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos foram levados em consideração critérios semelhantes:

- a) a complexidade do assunto;

¹¹ RAMOS, Carlos Henrique. A Duração Razoável do Processo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 88

¹² http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

¹³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf

b) a atividade processual do interessado; e

c) a conduta das autoridades judiciais.

O art. 4º determina que a aplicação do Código de Processo Civil, e da legislação processual como um todo, seja realizada de forma a materializar um “**processo tempestivo, capaz de oferecer, a tempo e modo, a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto**”

No novo Código de Processo Civil se pode dizer presente a inspiração na norma nos seguintes dispositivos

- Calendário processual (art. 191)
- Peça de defesa única (art. 336)
- Cooperação nacional (arts. 67/69)
- Fortalecimentos das execuções
- Precedentes vinculantes (arts. 926/928)
- Admissibilidade única no juízo a quem (art. 1.010)
- Restrição do agravo de instrumento (art. 1.015).

O plano conhecimento do debate doutrinário e jurisprudencial, inclusive dos tribunais internacionais de direitos humanos é essencial para a tua aprovação, por isso esse tema, que já foi cobrado pelo menos **16 vezes em provas objetivas da magistratura**, é essencial.

TEMA 2 - MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Olá pessoal! Aqui é Rogerio Cunha, professor do Estratégia Carreira Jurídica, e, na disciplina de Direito da Processual Civil, vamos discutir um assunto atual, que certamente será explorado em provas objetivas e dissertativas da magistratura estadual, os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.

A necessidade de substituir a “**cultura do litígio**” pela “**cultura da conciliação**” levou o CNJ a editar a [Resolução 125/10](#) que dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Nesse ato buscou-se incluir



a jurisdição estatal em um “**sistema multiportas**”¹⁴ não de forma a afastar a jurisdição, mas sim reconhecendo a necessidade de um sistema de justiça voltada a **pacificação para o futuro**.

O novo Código de Processo Civil valoriza os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, também chamados ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), tanto que existem vários dispositivos que a incentivam:

Art. 3º, §2º: O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos;

Art. 3º, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial

Art. 139, V: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Art. 154, VI- Incumbe ao oficial de justiça: VI - certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo

¹⁴ Segundo Valéria Feriolo Lagastra Luchiari: “O Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única ‘porta’, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um ‘centro de resolução de disputas’, organizado pelo Estado, com o apoio de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito. Nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva realização dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais” LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagраста. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). Mediação no judiciário: teoria na prática. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 283-320.

desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Art. 221, § único: suspensão dos prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição;

Art. 334. O réu o réu será citado e intimado não mais para contestar, mas para a audiência de conciliação ou de mediação;

Art. 334, §5º, somente na expressa manifestação de interesse de ambas as partes não se realiza a audiência de conciliação;

Art. 381, II, admissão de produção antecipada de provas quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito

Art. 515, II e II a decisão homologatória de autocomposição (judicial ou extrajudicial) é título executivo judicial

Art. 515, §2º- A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo

Art. 725, VIII, possibilidade das partes submetem ao judiciário homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor;

Art. 932, I, possibilidade de homologação de autocomposição em grau de recurso

Além das previsões acima, é interessante mencionar as seguintes:

A) **conciliação (autocomposição):** As partes conflitantes chegam à solução do conflito, sem imposição de uma vontade sobre a outra, podendo ocorrer extrajudicialmente ou em juízo. Há três espécies de autocomposição:

transação (CPC, art. 487, III "a"): forma mais tradicional, na qual a solução é dada pelas partes, sendo que cada uma delas faz concessões recíprocas;

renúncia (artigo 487, III, "c", CPC): não há concessões recíprocas, mas apenas unilateral, por parte do autor que abdica de sua pretensão;

submissão (artigo 487, III, "a", CPC): também não se vislumbram concessões recíprocas, mas apenas unilateral por parte do réu, sendo designada como reconhecimento da procedência do pedido.



b) **MEDIAÇÃO**: Há intervenção de um terceiro que se põe no conflito para auxiliar as partes a chegarem à autocomposição. Ressalte-se que o mediador não decide, apenas estimula a autocomposição.

O Código de Processo Civil traz importante regra de distinção entre a mediação e a conciliação, ao explicitar as funções desempenhadas pelo mediador e pelo conciliador:

Art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Além da previsão no Código de Processo Civil a **Lei nº 13.140/15** dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Na forma do art. 166 do Código de Processo Civil, a mediação e a conciliação serão regidos pelos seguintes princípios:

- Da independência;
- Da imparcialidade;
- Da autonomia da vontade;
- Da confidencialidade;
- Da oralidade;
- Da informalidade;
- Da decisão informada.

Já pelo art. 2º da Lei 13.140 a mediação será regida pelos seguintes princípios:

- Da imparcialidade do mediador;
- Da isonomia entre as partes;
- Da oralidade;
- Da informalidade;
- Da autonomia da vontade das partes;
- Da busca do consenso;



- **Da confidencialidade;**
- **Da boa-fé.**

Além da mediação judicial, prevista no Código de Processo Civil a Lei 13.140/15 admite também a figura da **mediação extrajudicial** (Art. 21) onde poderá funcionar como **mediador extrajudicial** qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se (Art. 9º). Já a figura do **mediador judicial** somente poderá ser exercida por pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, de acordo com os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio (Art. 16). Para reforçar a utilidade da mediação, estabelece o § único do art. 17 da Lei 13.140/15 que **enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.**

Outro elemento importante da mediação é a previsão legal de que o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui **título executivo extrajudicial** e, quando homologado judicialmente, **título executivo judicial** (art. 20, § único).

c) **ARBITRAGEM**: É o equivalente jurisdicional mais polêmico no que tange à sua natureza. Fredie Didier Jr. e Humberto Teodoro Jr., por exemplo, entende que a arbitragem é jurisdição privada e não equivalente jurisdicional. Já, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que a arbitragem não é jurisdição porque não é estatal. Nela tem-se um terceiro que decide e impõe sua decisão. No Direito Brasileiro, a decisão arbitral, em regra, não pode ser discutida no Poder Judiciário, nem precisa de homologação para ser exigida.

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela **Lei n. 9.307/1996** e com as reformas promovidas pela Lei 13.129/15 passou a admitir também a instituição da arbitragem em relação à administração pública direta e indireta, **que poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.**

De acordo com o art. 3º da Lei de Arbitragem compreende tanto a **cláusula compromissória** como o **compromisso arbitral**:

- **Cláusula compromissória** é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os **eventuais** litígios

eventualmente derivados do contrato, **devendo necessariamente ser escrita (Art. 4º)**. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato (Art. 8º). Serão chamadas de **vazias** – quando não contemplam os elementos mínimos necessários para instituição da arbitragem e **cheias** quando contiverem todos os elementos necessários à arbitragem (número de árbitros (ímpar); a sede da arbitragem; a lei aplicável; o idioma da arbitragem, (partes estrangeiras) as regras para a arbitragem, etc.)

- **Compromisso arbitral** é o instrumento de que se valem os interessados para, de comum acordo, atribuírem a terceiro (denominado árbitro) a solução de pendências entre eles já existentes, ou seja, difere da cláusula compromissória por ser posterior ao conflito. Conforme a Lei nº9.307/96, pode ser de duas espécies: **judicial** (Lei nº9.307/96, art. 9º, §1º, quando já discutido o conflito perante o judiciário) ou **extrajudicial** (Lei nº9.307/96, art. 9º, §2º, se ainda não existir demanda ajuizada)

Segundo Didier¹⁵ são características da arbitragem no direito brasileiro:

“a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§ 1º e 2º, Lei n. 9.307/1 996): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio;

b) árbitro (art. 13, Lei n. 9.307/1996): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm o status de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais;

c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Lei n. 9.307/1996), que produz efeitos imediatamente;

d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Lei n. 9.307/1 996; art. 515, VII, CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva; e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Lei n. 9.307/1 996).”

¹⁵ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I. p. 172

A sentença arbitral somente pode ser analisada pelo Poder Judiciário em relação a sua validade (arts. 32 e 33, caput, Lei n. 9.307/ 1 996) não podendo ser reformada em relação ao seu mérito, devendo a ação anulatória ser proposta em 90 dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou seu aditamento (art. 33, § 1º, Lei n. 9. 307/1 996).

É admissível a cláusula compromissória em contratos de adesão, como é o caso dos contratos de consumo?

Apesar da previsão do art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça entende que **“Não haverá nulidade da cláusula se o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem, ou também pela ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção do consumidor.”**¹⁶

¹⁶ DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES. 1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti. 2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral. 3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva. 4. Com a mesma ratio, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes. 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo peticitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. 7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição

O Código de Processo Civil passou a prever também a possibilidade de expedição pelos árbitros de “**cartas arbitrais**” (Art. 237, IV) para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória, destacando, em relação à esta última que pelo art. 22-A da Lei 9.307/97 a concessão de medida cautelar ou de urgência deverá ser feita pelo Poder Judiciário se ainda não instituída a arbitragem, e não pelo árbitro **que somente após a instituição da arbitragem** (Art. 22-B) poderá deferi-la.

Deve ser observado que é dever tanto do juiz (CPC, art. 139, V) como dos advogados (CED, art. 2º, VI) estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Por isso reflete Eduardo Cambi¹⁷ (*Et al.*) sobre a função do advogado nos meios alternativos de solução de conflitos:

“Desse modo, o advogado deve aconselhar as partes a revelarem seus interesses subjacentes, sem escondê-los sob o pretexto de temer de que a informação seja usada contra elas, em visto do sigilo que permeia tais sessões.

Quando o advogado, como assessor de seu cliente, contribui com dados técnicos jurídicos, mas também mantém consulta voltada ao convencimento para a construção da melhor solução consensual para o litígio, evitam-se surpresas e aumenta-se a exequibilidade dos acordos, isso contribui para a efetivação da tutela jurisdicional célere

pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso. 8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer /das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral. 9. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1189050/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 14/03/2016)

¹⁷ CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce, MARTINS, Sandro Gilbert, KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; Curso de Processo Civil: completo. Ed. RT, 2017, p. 398



e efetiva, o descongestionamento do Poder Judiciário e, principalmente, a maior satisfação dos usuários do sistema judicial ao promover a justiça e a paz sociais.”

Os meios alternativos de resolução de conflito além de sua previsão no Código de Processo Civil estão regulados pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça sendo também um dos temas mais comuns em provas de formação humanística.

DIREITO TRIBUTÁRIO

TEMA 1 - INTERPRETAÇÃO OBJETIVA DO FATO GERADOR

Olá pessoal! Aqui é **Rogério Cunha**, professor do Estratégia Carreira Jurídica, e, na disciplina de Direito Tributário, vamos discutir um assunto que é sempre atual e que certamente será explorado em provas objetivas e dissertativas da magistratura estadual, a interpretação objetiva do fato gerador.

Interpretação objetiva do fato gerador em sentido abstrato (hipótese de incidência):

Assim como o art. 4º do CTN determina que a natureza do tributo é objetiva, o art. 118 dispõe que a interpretação do fato gerador em abstrato, isto é, a previsão geral e abstrata da tributação na norma jurídica deve ser efetuada sempre em caráter objetivo.

Vejamos a disposição legal:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraíndo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

O art. 118 determina que as hipóteses de incidência tributária, isto é, as normas gerais e abstratas prevendo hipóteses de tributação existem em planos de validade e eficácia distintas do direito privado, de modo que, se determinado negócio jurídico conter vício de validade (nulidade) esse efeito limita-se ao direito privado não afastando a incidência das normas tributárias.



Da mesma forma, a materialização dos efeitos desejados pelo sujeito passivo, são irrelevantes para a incidência da norma tributária, pois como afirmou o Min. Luiz Fux, no Julgamento do AgRg no Ag 1013922/RS (DJe 27/11/2008):

“os pactos privados não influem na relação tributária, pela sua finalidade plurissubjetiva de satisfação das necessidades coletivas, não sendo lícito ao contribuinte repassar o ônus da inadimplência de outrem ao Fisco”.

Assim, se menor de 16 anos adquire um imóvel sem a adequada representação, o negócio jurídico será nulo, contudo, não poderão os representantes do menor alegar essa invalidade para fins de não pagamento do ITBI. Da mesma forma, é comum de aplicação das regra nas hipóteses de clonagem de aparelhos celular em que as companhias concessionárias não podem eximir-se do cumprimento das obrigações tributária alegando que houve vício na prestação do serviço em relação aos seu destinatário.

TRIBUTÁRIO – ICMS – SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – INADIMPLÊNCIA DOS USUÁRIOS – FURTO DE SINAL (CLONAGEM) – INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. 1. O fato gerador do ICMS na telefonia é a disponibilização da linha em favor do usuário que contrata, onerosamente, os serviços de comunicação da operadora. A inadimplência e o furto por "clonagem" fazem parte dos riscos da atividade econômica, que não podem ser transferidos ao Estado. 2. Nos termos do art. 118 do Código Tributário Nacional, o descumprimento da operação de compra e venda mercantil não tem o condão de malferir a ocorrência do fato gerador do ICMS. 3. Inexiste previsão legal que permita a compensação tributária de ICMS em serviços de telefonia móvel inadimplidas, ou cujo sinal foi furtado por "clonagem" do aparelho celular. 4. "A exigência tributária não está vinculada ao êxito dos negócios privados." (REsp 956.842/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 12.12.2007, p. 408.) 5. Não compete ao Estado zelar pelo cumprimento da obrigação dos consumidores; cabe, no caso, à prestadora dos serviços buscar, pela via própria, o recebimento de seus créditos. 6. (...) (STJ REsp 1189924/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010)

(...) 2. Os pactos privados não influem na relação tributária, pela sua finalidade plurissubjetiva de satisfação das necessidades coletivas, não sendo lícito ao contribuinte repassar o ônus da inadimplência de outrem ao Fisco. É nesse sentido que o artigo 118 do CTN dispõe(...) (STJ AgRg no Ag 1013922/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 27/11/2008)



No que diz respeito a legislação tributária é, ainda, **irrelevante a licitude ou não dos atos praticados pelo sujeito passivo**, pois a tributação sempre é decorrente de uma atividade lícita (CTN art. 3º), isto é, a sua origem imediata é sempre lícita (exemplo auferir renda), não importando para fins de tributação a origem remota da atividade.

Assim, na atualidade ainda há espaço para a aplicação do princípio do *non olet* (não tem cheiro) que na atualidade representa justamente a situação de que a origem remota do objeto da tributação é irrelevante, ainda que ilícita ou imoral.

O critério adotado pelo art. 118 do Código Tributário Nacional atende ao princípio da isonomia tributária, posto que, por exemplo, aplicado em matéria de Imposto de Renda, sobre-eleva, exclusivamente, o aspecto econômico do fato gerador, independentemente da origem dos rendimentos que lhe deram causa, e, assim, está sujeito à tributação tanto o trabalhador assalariado, que exerce uma atividade laboral lícita e auferir rendimentos tributáveis, como aquele que quer fazer do crime meio de vida e sobrevivência.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO DA DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. BASE DE CÁLCULO. VERBAS OBTIDAS EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADE ILÍCITA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO, DESDE QUE RECONHECIDA A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte é firme no reconhecimento da legitimidade da tributação sobre operações ou atividades ilícitas, decorrente da interpretação com abstração da validade jurídica dos atos praticados pelo contribuinte, de seu objeto ou de seus efeitos, na definição legal do fato gerador (art. 118 do CTN). Precedentes: REsp. 1.050.408/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 2.6.2008; HC 68.244/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 18.5.2009; HC 83.292/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18.2.2008; REsp. 182.563/RJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 23.11.1998. 3. Agravo Interno do Particular desprovido. (AglInt no REsp 1328837/RR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019)

Exemplificando: No imposto de renda o fato gerador é “**perceber renda ou proventos de qualquer natureza**” esse é o fato tributado, a origem dessa renda, se, por exemplo, decorrente do tráfico de drogas, de exploração da prostituição ou de jogo, é irrelevante para o direito tributário.



TEMA 2 - TRATADOS INTERNACIONAIS E DIREITO TRIBUTÁRIO

Segundo Accioly¹⁸ *“os tratados, acordos ou ajustes internacionais são atos jurídicos por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.”*

Ainda que o art. 98 do CTN somente faça referência aos termos “tratados e as convenções internacionais” não se pode negar que o direito tributário admite outras denominações tais como os convênios, ajustes, protocolos, acordos, declarações, sendo aplicável aos demais documentos de direito internacional público.

No julgamento do RE 80.004 o STF firmou o entendimento de que dentro do sistema jurídico brasileiro, os tratados e convenções internacionais, após o processo de internalização, situam-se em paridade normativa com as normas de direito interno, ressalvadas as normas constitucionais, de modo que a eles aplicam-se, em caso de conflito com o direito interno, os critérios gerais de solução dos conflitos de normas (hierárquico, cronológico e especialidade).

As normas de direito internacional não possuem o poder de instituir tributos, mas sim, como alerta Alberto Xavier¹⁹ exercem uma **função negativa** de limitar a legislação interna, única adequada à instituição de tributos nos termos da Constituição Federal (Art. 150, I) por isso afirma que *“para que exista tributação válida, não basta a existência de uma norma convencional que a permita; é ainda necessária a existência de uma norma interna que a imponha. E daí que seja necessária uma investigação em duas fases: uma primeira, consistente em verificar se existe uma lei interna que fundamente a tributação; em caso afirmativo, uma segunda, na qual se apure se tal pretensão foi eventualmente limitada por norma convencional.”*

A matéria mostra grande relevância, em especial diante da grande inserção do Brasil no mercado econômico mundial, com a proliferação de atos bilaterais e multilaterais sobre comércio internacional e tributação, como por exemplo o GATT (Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, em inglês: *General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) onde várias regras internacionais podem conflitar com as regras de direito interno.

Entretanto, no âmbito tributário o art. 98, determina que:

¹⁸ ACCIOLLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

¹⁹ XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional, ed. Forense, 2010, p. 111



Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Do que se observa, não sem crítica da doutrina, é que a aparente opção do legislador de 1966 foi outorgar às normas de direito internacional prevalência sobre as regras de direito interno, reconhecendo possibilidade das normas internacionais posteriores derrogarem as normas internas, mas, negando o mesmo efeito quando a norma interna conflitar com regra de direito internacional.

Entretanto Sabbag²⁰ adverte que, mesmo diante dessa regra se deve considerar a especialidade do Tratado Internacional, afirmando que:

“tal artigo deve ser entendido com parcimônia, uma vez que sua aplicabilidade é contida. Queremos afirmar que as alterações ocasionadas na legislação interna estão circunscritas apenas à matéria daquele tratado específico. Exemplo: “Tratado entre Brasil e EUA para que o primeiro não cobre IPI sobre as importações de produtos industrializados norte-americanos”. Se a lei interna brasileira preconiza a incidência do IPI sobre as importações de produtos estrangeiros quaisquer, somente aqueles oriundos dos EUA estarão abrangidos pela regra isencional contida no tratado. Assim, todos os artigos do RIPI continuam vigorando, exceto para as relações comerciais entre Brasil e EUA.”

Mais correta, do ponto de vista de técnica legislativa, foi a disposição normativa do art. 85-A da Lei 8.212/91 que expressamente consigna a natureza de legislação especial dos tratados internacionais:

Art. 85-A. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e que versem sobre matéria previdenciária, serão interpretados como lei especial.

Afirmando a ausência de hierarquia dos tratados, mas sim de sua especialidade em relação às normas internas já decidiu o STJ:

O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência as normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. o artigo 98 do CTN,

²⁰ SABBAG, Eduardo, Elementos de Direito Tributário, 2008, 164

ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual. Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexistente isenção pertinente ao AFRMM. (STJ REsp 37065/PR, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, 1ª TURMA, julgado em 15/12/1993, DJ 21/02/1994:2131)

Outra questão relevante a respeito dos Tratados Internacionais diz respeito à possibilidade de conceder-se, com base nestas normas jurídicas, isenção ou redução de tributos Estaduais e Municipais, situação denominada de **isenção heterônoma**, vedada pelo **art. 150, III da CF/88**.

A doutrina e jurisprudência caminham para admitir, no caso específico dos tratados que a União conceda isenção em relação à tributos das demais pessoas políticas, já que, como se infere da Constituição, o ato de firmar tratados é privativo da União, como reflexo de sua soberania.

Por tratar-se a celebração de tratados de ato de Soberania (império) e não de atos de Governo (gestão) não há que se falar em inconstitucionalidade do Tratado que reduza ou isente tributos estaduais ou municipais. Não se pode negar que ainda que a União não possua personalidade jurídica de direito internacional, que pertence à *República Federativa do Brasil*, esta sim formada pela "união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", a Constituição expressamente outorgou à União (Art. 21, I) a competência para "manter relações com Estados estrangeiros" não por outra razão Alberto Xavier leciona que "**a voz da União, nas relações internacionais, não é a voz de uma entidade com interesses próprios e específicos, potencialmente conflitantes com os dos Estados e dos Municípios, mas a voz de uma entidade que a todos eles engloba - a República Federativa do Brasil.**"

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS NORMATIVOS. OPERAÇÕES FUTURAS. ISENÇÃO. ICMS. BACALHAU. GATT. (...) Destarte, é assente na Corte que por força dos princípios que regem a Federação é possível a isenção de tributo estadual decorrente de ato de soberania da União, o que não desnatura a autonomia dos Estados. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido. (REsp 592.647/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 08/11/2004, p. 174)

Uma vez incorporado ao direito interno os tratados e convenções internacionais, mediante o processo subjetivamente complexo que representa a junção da vontade do Presidente da República (CF, art. 84, VIII) à do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) estes passam a ostentar a condição de direito interno, na qualidade de lei ordinária de modo que não é admissível a regulação por meio de tratado ou convenção internacional de matéria que a Constituição submete ao regime de lei complementar (STF, ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal



Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001) já que os atos normativos internacionais encontram-se, após a sua internalização, submetidos ao regime jurídico constitucional brasileiro.

No que diz respeito à possibilidade de revogação dos tratados pela posterior legislação nacional que lhe seja contrária, é predominante o entendimento da impossibilidade de sua revogação tácita pela legislação tributária (REsp 167.758/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/1998, DJ 03/08/1998, p. 211) que lhe seja superveniente, exigindo-se que haja cláusula derogatória expressa ou que seja denunciado o tratado ou convenção pelo Brasil.

De outro lado, em tendo ingressado no ordenamento jurídico nacional, com a qualidade de lei ordinária, por certo que os tratados e convenções exercerão prevalência sobre os atos normativos inferiores da legislação tributária (STJ, REsp 769.955/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 17/10/2005, p. 228) em caso de incompatibilidade.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

TEMA 1 – “REVISÃO DA VIDA TODA”

Olá, pessoal! Para os que não me conhecem, meu nome é Felipe Cavalcante. Além de professor, sou Procurador Federal desde 2011 e atualmente chefo a Procuradoria Regional do INSS para as regiões Norte e Centro-Oeste.

Em dezembro de 2019, o STJ julgou recursos afetados como Tema 999 dos REsp repetitivos, que buscavam esclarecer a seguinte questão:

Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999).

O tema é recente e afeta a vida de milhares de segurados, razão pela qual merece uma atenção especial do candidato.

1.1. Entendendo o problema

A lei n. 8.213/91 traz dispositivos que regulam o cálculo dos benefícios concedidos pelo INSS.



A sistemática original foi alterada há mais de 20 anos, quando a lei n. 9.876/99 estabeleceu nova regra “permanente” e trouxe, ainda, uma regra de transição entre o regime original (pré-99) e aquele que passou a vigorar depois da lei n. 9.876/99.

Os indivíduos que se filiaram após a lei 9.876/99 só tinham uma opção: utilizar as regras ditas “permanentes”.

Quem já estava filiado em dezembro/99 ficou submetido à transição prevista no art. 3º da lei 9.876/99, que – de acordo com a lei – seria a única modalidade possível.

O tema 999 do STJ pretende definir se estes trabalhadores mais antigos (filiados antes de 99) também poderiam se valer das regras permanentes incluídas pela 9.876/99, se lhes fossem mais favoráveis.

1.2. Regra “permanente” da Lei n. 8.213/91

A regra inserida pela lei n. 9.876/99 na lei n. 8.213/91 dizia o seguinte:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99)
I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na **média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição** correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, **multiplicada pelo fator previdenciário**; (Incluído pela Lei n. 9.876, de 26.11.99)
II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na **média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição** correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. (Incluído pela Lei n. 9.876, de 26.11.99)

Os benefícios mencionados no inciso I são a aposentadoria por idade e a aposentadoria por tempo de contribuição.

Os do inciso II são a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria especial, o auxílio-doença e o auxílio-acidente.

Assim, os benefícios referidos na norma seriam calculados a partir da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a 80% de todo o período contributivo. No caso específico da **aposentadoria por idade** e **por tempo de contribuição**, o salário-de-benefício seria multiplicado pelo fator previdenciário.

1.3. Regra transitória – Lei n. 9.876/99

Para quem já estava filiado ao RGPS antes da lei 9.876/99, o cálculo levaria em conta **apenas o período decorrido a partir de julho/1994**.



Ao limitar o cálculo ao período posterior ao Plano Real, o governo evita incontáveis discussões a respeito dos índices inflacionários relativos à UFIR, Cruzado, Cruzeiro, Cruzado Novo, etc. No entanto, isso pode prejudicar o trabalhador que teve contribuições altas justamente no período pré-99, ignorado pela regra de transição.

No caso das aposentadorias programáveis (por idade, por tempo de contribuição e aposentadoria especial), o **divisor** considerado no cálculo não poderia ser inferior a sessenta por cento do período decorrido entre julho/94 e a data de início do benefício.

Mas por que essa limitação no divisor? Para evitar que segurados manipulassem o valor do próprio benefício. Ciente de que os períodos anteriores a julho/94 seriam desconsiderados, o indivíduo que já estava perto de se aposentar poderia fazer algumas poucas contribuições com valores elevados, para puxar o valor do benefício para cima.

1.4. O que o STJ decidiu

Em dezembro de 2019, o STJ julgou o tema 999 dos recursos repetitivos para afirmar que os **segurados filiados antes da lei n. 9.876/99** poderiam optar entre a regra transitória e a regra permanente da 8.213/91 no que tange à forma de cálculo do benefício, **se essa última se mostrar mais favorável**:

Tese firmada (tema 999/STJ)

“Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999”.

Um dos argumentos utilizados no voto-vencedor (min. Napoleão Maia), foi a analogia com as regras de transição previstas em Emendas Constitucionais (como é o caso do art. 9º da EC 20/98), em que o segurado pode fazer a opção entre a regra transitória e a nova regra permanente.

1.5. Repercussões práticas

A decisão do STJ ainda não transitou em julgado.

Caso prevaleça, ela afetará apenas os trabalhadores que se filiaram ao RGPS antes de 28/11/1999 e que tiveram benefícios concedidos em data posterior, com base em fatos ocorridos até 13/11/2019 (data da publicação da EC 103/19).



A limitação mencionada acima ocorre porque a EC 103/19 novamente alterou a forma de cálculo dos benefícios. Para fatos ocorridos a partir de 13/11/2019, o cálculo segue a sistemática do art. 26 da EC 103/19 – superando a discussão travada no STJ.

Ainda que o segurado se enquadre no lapso temporal, nem sempre a revisão será vantajosa. Ela só faz sentido para os segurados que tiveram salários-de-contribuição mais altos que a média no período anterior a jul/94 – que acabaram sendo desconsiderados no cálculo da regra de transição. Se, por outro lado, os salários fossem pequenos, de nada adiantará incluí-los no cálculo.

Outra limitação prática é a decadência prevista no art. 103 da lei n. 8.213/91. Caso tenham decorrido mais de 10 anos desde a implantação do benefício, não será possível rever o ato concessório.

DIREITO EMPRESARIAL

TEMA 1 – ESTADO-EMPRESÁRIO E ESTADO-ACIONISTA

Olá, pessoal, tudo certo? Meu nome é **Lucas Evangelinos**, professor aqui do Estratégia Carreira Jurídica, na maravilhosa disciplina do Direito Empresarial! E se você (ainda) não gosta desta querida matéria, cuidado, porque ela é onipresente (orraaaaa!) conforme veremos neste tema, que **envolve Direito Administrativo e Direito Empresarial!**

“Como assim Estado-empresário?”

Como explica **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**²¹:

“A regra na nossa Constituição é que as atividades econômicas são livres para a iniciativa privada e vedadas à iniciativa pública (arts. 1º, IV; 170; 173, CF), ou seja, o Estado, a priori, está proibido de explorar atividades econômicas.”

²¹ **ARAGÃO**, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



Contudo, a partir de autorização constitucional (art. 173 CF), os entes federativos podem desempenhar atividade empresarial por meio de suas empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista – art. 2º da Lei nº 13.303/16), na condição de “**Estado-empresário**”:

“**Art. 173, caput, CF.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

“A ideia básica que traduzem [empresas estatais] continua sendo a do **Estado-empresário**, que intenta aliar uma atividade econômica com outras de interesse coletivo.

(...) O Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos.” (José dos Santos Carvalho Filho²²)

Nessa condição, por sua vez, a própria Constituição Federal submete a atuação estatal (empresas estatais) ao regime jurídico próprio dos empresários privados, salvo exceções como, por exemplo, a exclusão do regime concursal (art. 2º, II, da Lei nº 11.101/05):

“**Art. 173, § 1º, CF.** A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **dispondo sobre:** (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

Por outro lado, **não** confunda a figura do Estado-empresário com a do **Estado-acionista**. Quem é este? Bom, além de sua função de regulador, o Estado pode atuar na atividade econômica de duas formas: **(a)** por meio das empresas estatais (Estado-empresário) e; **(b)** na condição de

²² **CARVALHO FILHO**, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017

acionista (Estado-acionista) de sociedades empresárias **EXTERNAS à estrutura da Administração Pública:**

“(...) as empresas privadas com participação estatal traduzem uma técnica específica de intervenção do Estado na economia (técnica acionária), configurando uma modalidade de parceria público-privada em sentido amplo.” (Rafael Wallbach Schwind²³)

De acordo com **RAFAEL WALLBACH SCHWIND** essa condição de acionista de sociedades que **NÃO** integram a estrutura da Administração Pública tem previsão constitucional e, em regra, ocorre a partir da privatização de empresas estatais:

“O fenômeno tem previsão constitucional expressa. O inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que ‘depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior [empresas públicas e sociedades de economia mista], assim como a participação de qualquer delas em empresa privada’. A parte final do dispositivo contempla justamente a participação estatal em empresas que não integram a Administração Pública.

(...) Após a realização de diversas privatizações principalmente a partir da década de 1990, constatou-se que a participação direta do Estado na economia ainda é uma sistemática útil, que não pode simplesmente ser abandonada. No entanto, é necessário que o engajamento empresarial do Estado seja eficiente e considere a possibilidade da conjunção de esforços entre os setores público e privado. Esse contexto leva à realização de parcerias público-privadas de natureza societária, em que o Estado contribui de alguma forma para o desempenho de uma atividade, compartilhando a direção do empreendimento com o setor privado de forma mais intensa do que ocorre, por exemplo, nas sociedades de economia mista.” (Rafael Wallbach Schwind)

E, segundo mesmo autor, esse fenômeno tem sido identificado por diversas nomenclaturas: “empresa público-privada”, “empresa semiestatal”, “empresas participadas”, “empresa de capital público-privado” e “empresa privada com participação estatal”:

“Por meio da expressão “empresa privada com participação estatal”, designamos as empresas que não integram a estrutura estatal – ou seja, não fazem parte da

²³ **SCHWIND**, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

Administração Pública –, mas que possuem o Estado ou um ente estatal no seu quadro de sócios. As empresas privadas com participação estatal, portanto, diferenciam-se das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) justamente pelo fato de não integrarem a Administração Pública. Não fazem parte da estrutura do Estado.” (Rafael Wallbach Schwind)

Na condição de acionista, não é propriamente o Estado o membro da “*empresa privada com participação estatal*”, mas sim alguma de suas empresas estatais, ou seja, é a empresa pública ou sociedade de economia mista que é acionista de uma sociedade que não integra a estrutura da Administração Pública:

“Note-se que o texto constitucional [art. 37, XX, CF] prevê apenas a participação das empresas estatais como sócias de empresas privadas. Não há previsão expressa acerca da participação do próprio Estado nessa condição. Por isso, ainda que se faça referência à participação ‘do Estado’ como sócio de empresas privadas, deve-se compreender como sendo a participação de empresas estatais nesses arranjos societários.” (Rafael Wallbach Schwind)

Tudo, é claro, a partir de autorização legal em razão do princípio da legalidade, como se observa nestes diplomas: **(i)** Lei nº 9.478/98 prevê a possibilidade de a PETROBRAS S/A participar direta ou indiretamente do quadro acionário de empresas privadas (arts. 64 e 65); **(ii)** Lei nº 10.973/04, regulamentada pelo Decreto nº 5.563, de 2005, prevê a participação da União como sócia minoritária de sociedades para o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo; **(iii)** Lei 11.079/04 admite a participação da Administração Pública no capital do parceiro privado; **(iv)** Lei nº 11.908/09 trata de participações societárias detidas pelo BANCO DO BRASIL S/A e pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL S/A (art. 2º); **(v)** Lei nº 12.490/11 autoriza a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS a adquirir participações acionárias em sociedades privadas já estabelecidas (art. 11).

“Ótimo, mas qual o objetivo de o Estado participar de uma sociedade externa à Administração Pública?”

Que bom que perguntou! Segundo **RAFAEL WALLBACH SCHWIND**, há alguns escopos:

(a) Fomento;

“Pode consistir numa modelagem de fomento, pela qual o Estado emprega recursos em uma empresa privada, assumindo a condição de sócio para garantir que os objetivos buscados com o investimento estatal sejam alcançados.” (Rafael Wallbach Schwind)



(b) Eficiência;

“Pode ser uma sistemática pela qual empresas públicas e sociedades de economia mista ou suas subsidiárias se associam a entes privados para desenvolver de modo mais eficiente uma atividade econômica específica. O ente estatal assumirá a condição de sócio e, ainda que sem preponderância no exercício do poder de controle, deterá alguma parcela de poder no interior do arranjo societário.” (Rafael Wallbach Schwind)

(c) Utilidade.

“Pode ainda se tratar de uma modelagem útil ao desempenho de serviços públicos ou outras atividades que dependam de um contrato de concessão com o poder público. Nesse caso, um ente estatal integrará o quadro de sócios da empresa concessionária, o que permite não só uma redução da assimetria de informações entre o poder público e o parceiro privado, mas também possibilita ganhos econômicos ao sócio estatal na exploração daquela atividade.” (Rafael Wallbach Schwind)

Estado-empresário e Estado-acionista...É o Direito Empresarial se expandindo para todo o universo jurídico!

TEMA 2 - TEORIA DO SIGNIFICADO SECUNDÁRIO DA MARCA (*SECONDARY MEANING* OU TEORIA DA DISTINTIVIDADE ADQUIRIDA).

É sempre uma tristeza para o(a) estudante quando se depara com um novo instituto que possui diversas nomenclaturas, né?

Certamente, sou solidário a você! A par de memorizar suas diversas identificações, vamos entender essa teoria que é bem bacana!

Pois bem, de acordo com **FÁBIO ULHOA COELHO** – nosso super trunfo do Direito Empresarial, um sinal sem nenhuma distintividade não poderia ser registrado como marca (ex.: maça; goiaba; pêsego; cinza; céu etc.), pois o art. 122 da Lei nº 9.279/96 exige capacidade distintiva:

“Art. 122 Lei nº 9.279/96. São suscetíveis de registro como marca os sinais **distintivos** visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”



No entanto, o uso contínuo desse sinal genérico pode acabar atribuindo-lhe distintividade suficiente para garantir a proteção do Direito Marcário, permitindo seu registro no INPI.

Isto é, o sinal que, **a princípio**, sequer poderia ser registrado como marca em razão de não apresentar nenhuma distintividade (art. 122 da Lei nº 9.279/96), passa a poder sê-lo em razão de um **SEGUNDO SIGNIFICADO** que obteve por conta de seu uso contínuo vinculado a determinado produto ou serviço. Aqui está a **teoria do significado secundário da marca** (*secondary meaning* ou teoria da distintividade adquirida):

“De um lado, o amplo conhecimento que os consumidores têm dela acaba dando distintividade a expressões meramente descritivas – que, não fosse a notoriedade da marca, seriam inaptas a cumprir a função de identificar determinado produto ou serviço. Trata-se de fenômeno designado pela locução inglesa *secondary meaning*. **A expressão descritiva do produto ou serviço passa a ter um segundo significado, que é o de identificar um deles em especial. A notoriedade gera, então, a distintividade. Por exemplo, ninguém pode registrar com exclusividade a expressão Fruta para identificar as frutas que comercializa, em razão de seu caráter meramente descritivo. Mas se essa marca acabar se tornando notória na identificação, pelos consumidores, de um determinado fornecedor desse produto, o amplo conhecimento justificará a proteção liberada pela lei (...).**” (Fábio Ulhoa Coelho²⁴)

No mesmo sentido:

“**[Trecho do corpo do acórdão:]** Ou, em outros termos: significação secundária é o fenômeno que ocorre em relação a algum signo de caráter genérico ou comum, geralmente alguma expressão dicionarizada, que, dada a perspectiva criada no consumidor ao longo de um largo tempo de uso, passa a adquirir eficácia distintiva suficiente, a ponto de possibilitar seu registro como marca (com fundamento na parte final do inciso IV do art. 124 da LPI).” (STJ, REsp 1773244/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 05/04/2019)

Em interessante caso em que o **STJ** analisou conflito entre a marca notoriamente conhecida “**Iphone**” e marca registrada anteriormente no Brasil “**G Gradiente Iphone**”, o Min. **LUÍS FELIPE SALOMÃO** destacou que a Apple conseguiu atribuir ao sinal fraco (sem distintividade) “**Iphone**” (Internet + **phone**) eficácia distintiva pelo uso continuado e massivo do produto por ela

²⁴ **COELHO**, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018.

identificado desde 2007 (ano do 1º Iphone), ao que identifiquei como fenômeno mercadológico denominado *secondary meaning* (“teoria do significado secundário da marca”):

“11. No que diz respeito ao ‘iPhone’ da Apple, sobressai a ocorrência do fenômeno mercadológico denominado secondary meaning (‘teoria do significado secundário da marca’), mediante o qual um sinal fraco (como os de caráter genérico, descritivo ou até evocativo) adquire eficácia distintiva (originariamente inexistente) pelo uso continuado e massivo do produto ou do serviço. A distinguibilidade nasce da perspectiva psicológica do consumidor em relação ao produto e sua marca, cujo conteúdo semântico passa a predominar sobre o sentido genérico originário.” (STJ, REsp 1688243/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 23/10/2018)

Conseguiu captar? Vamos dar um exemplo. Minha sociedade empresária lança hoje uma linha de mouses chamada “manga”. Não há nenhuma estilização das letras, nem nada parecido. Aí, eu procuro o INPI para registrar minha marca “manga”. Ausente qualquer distintividade no sinal “manga”, o INPI veda o registro...Beleza, um dia se ganha, um dia se perde; contudo, eu continuo a usar minha marca “manga” (sem registro) por uma década. Em 2030, não tem uma alma viva no Brasil que não identifique os meus mouses diretamente pelo sinal “manga”. Falo em “manga” a pessoa já pensa em mouse.

Hora do 2º round, eu bato as portas do INPI novamente e exijo o registro da minha marca “manga”, que agora tem um segundo significado, passando a identificar não mais apenas uma fruta, mas sim uma linha de mouses. Ou seja, agora eu tenho a distintividade necessária para meu registro!

No mais, estou à disposição. Abraço e bom dia!

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

TEMA 1 - MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Quando um adulto pratica um crime, é responsabilizado e sofre uma sanção penal. Já **quando um adolescente pratica um ato infracional**, são aplicáveis as medidas socioeducativas. Essas medidas têm, primariamente, a finalidade de “reeducar” o adolescente infrator, bem como promover sua proteção, educação e integração social. Em caráter secundário, as medidas socioeducativas trazem uma repressão à conduta praticada.



Há de se ressaltar que **as medidas socioeducativas são aplicadas exclusivamente aos adolescentes**, não devendo ser fixadas em desfavor de crianças que cometam ato infracional. Destaca-se ainda que **a superveniência da maioria não obsta a apuração de ato infracional e nem mesmo a aplicação de medida socioeducativa**, desde que antes de o infrator completar 21 (vinte e um) anos.

A aplicação da medida socioeducativa não deve necessariamente ocorrer de maneira isolada, permitindo-se a cumulação de medidas, assim como a substituição por outra mais adequada.

Em razão do caráter parcialmente punitivo da medida socioeducativa, a Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça - STJ estabelece que **a prescrição penal é aplicável à pretensão de fixação de medida socioeducativa**.

No que se refere ao cálculo do prazo prescricional, existem divergências jurisprudenciais. O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o prazo prescricional deverá ser calculado de acordo com **o termo de cumprimento da medida imposta**, observando-se os prazos prescricionais descritos no art. 109 do Código Penal, com a redução constante no art. 115 do mesmo Diploma.

Já o Supremo Tribunal Federal adota o posicionamento de que o prazo prescricional será calculado **de acordo com a pena do crime em que se origina o ato infracional**, aplicando-se a redução do art. 115 do Código Penal.

Superadas as disposições gerais, vamos ao estudo detalhado de cada uma das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Advertência

É a mais branda das medidas socioeducativas. Tendo em vista que a legislação brasileira considera o menor de 18 (dezoito) anos como pessoa com desenvolvimento mental incompleto, a advertência é **consiste em uma repreensão verbal feita ao adolescente, para alertá-lo e aconselhá-lo**. É aplicável aos casos de **atos infracionais leves**, ou seja, aqueles que geram lesão a bem jurídico de menor relevância.

Em regra, a aplicação de medida socioeducativa pressupõe a comprovação da autoria e da materialidade do ato infracional. Entretanto, o art. 114, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que **a advertência poderá ser aplicada quando comprovada a materialidade, existindo indícios suficientes da autoria**.

Deve ser realizada em audiência, na presença do magistrado, do adolescente e dos seus responsáveis, reduzindo-se a termo o conteúdo da advertência.



Obrigação de reparar o dano

É a medida aplicável aos atos infracionais de **repercussão patrimonial**. De maneira geral, existem três formas de reparação do dano: a restituição do bem; o ressarcimento (quando a restituição mostra-se inviável); a compensação (aplicável em caso de impossibilidade de restituição ou ressarcimento, podendo ser prestada em qualquer forma).

Há de se ressaltar que esta medida não se confunde com o dever de reparar determinado na esfera cível, cuja obrigação recai subsidiariamente aos pais. Tendo em vista o caráter personalíssimo da medida socioeducativa e a vedação de submissão do adolescente ao trabalho forçado para custear a reparação do dano, **a obrigação de ressarcimento determinada como medida socioeducativa deve recair exclusivamente sobre o adolescente e, em caso de manifesta impossibilidade de cumpri-la, gera a substituição da medida.**

Prestação de serviços à comunidade

Trata-se do **cumprimento de tarefas de interesse social e de caráter gratuito**, a serem cumpridas em entidades assistenciais, estabelecimentos públicos ou em programas comunitários. Tem como finalidade a reeducação e o desenvolvimento do senso de cidadania e ética. Importante ressaltar que a referida medida **não se confunde com a prestação de trabalho forçado**, e **deve respeitar os horários escolares** e o exercício dos demais direitos fundamentais do adolescente.

O prazo de cumprimento máximo é de 06 (seis) meses, durante 08 (oito) horas por semana. Por não existir fixação legal de prazo mínimo, há de ser observado pelo magistrado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade no momento de aplicação da medida.

Tendo em vista a inconstitucionalidade da determinação de trabalho forçado, **a negativa de cumprimento da medida pelo adolescente gera a possibilidade de substituição, inclusive por uma medida mais severa**, observadas as peculiaridades do caso.

Liberdade assistida

Não restringe o direito a liberdade do adolescente, mas **impõe o acompanhamento do seu desenvolvimento através de pessoa capacitada designada pelo juiz**. Nesse sentido, são acompanhadas as atividades sociais exercidas pelo adolescente, assim como seu desempenho escolar e em outras áreas, além da prestação de orientação e assistência. **O prazo mínimo da medida é de 06 (seis) meses, devendo ser reavaliada semestralmente.**

O art. 119 do Estatuto da Criança e do adolescente estabelece um rol exemplificativo de deveres do orientador, são eles:



- ↳ **Promover socialmente** o adolescente e sua família.
- ↳ Supervisionar o **aproveitamento escolar** do adolescente.
- ↳ Promover, quando possível, a **profissionalização do adolescente** e sua inserção no mercado de trabalho.
- ↳ Elaborar relatório do caso.

Semiliberdade

Trata-se de uma restrição parcial ao direito a liberdade, determinando que **o adolescente deverá se recolher em unidade específica durante o período noturno, e estudar ou trabalhar durante o dia**. Pode ser aplicada de maneira inicial, considerando a gravidade do ato infracional, ou ser determinada como medida mais branda com finalidade à ressocialização, ou ainda como medida mais severa, em caso de ineficácia da medida anterior.

Malgrado esta medida consista na privação parcial da liberdade, **as atividades externas não dependem de autorização judicial** e o adolescente tem o dever de buscar sua formação acadêmica e profissional.

A semiliberdade é aplicada de maneira semelhante à internação, **sem prazo determinado, ocorrendo avaliações periódicas da necessidade de permanência da medida, no prazo máximo de seis em seis meses**. Apesar de não possuir prazos mínimos ou máximos determinados em lei, o regime de semiliberdade não pode superar o prazo máximo da internação, de 03 (três) anos (STJ - HC 172017/SP).

Internação

É a mais severa das medidas socioeducativas, **consistente na privação da liberdade do adolescente**. Em razão da severidade da medida de internação, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu três princípios que devem ser observados na aplicação e cumprimento da medida. São eles:

- ↳ **Brevidade**: a internação **somente deve permanecer durante o período estritamente necessário** para atingir seu fim, respeitado o prazo máximo de 03 (três) anos, devendo ser substituída imediatamente quando verificada a adequação de medida mais branda.
- ↳ **Excepcionalidade**: este princípio determina que a internação **deverá ser aplicada somente em caso de inviabilidade de outra medida menos gravosa**, e apenas nas hipóteses previstas em lei.
- ↳ **Condição peculiar de pessoa em desenvolvimento**: no cumprimento da medida de internação **há de ser considerado o desenvolvimento mental incompleto do adolescente**,



considerando-se a medida como meio de ressocialização e não de punição, garantindo-se ao adolescente os direitos básicos para reeducação e desenvolvimento.

Ao contrário do regime de semiliberdade, **as atividades do adolescente submetido ao regime de internação necessitam de autorização da equipe técnica** da entidade em que se está cumprindo a medida, exceto em caso de vedação da atividade por determinação judicial.

A internação deve ser cumprida em entidade própria para tanto, sendo **inadmissível a internação em estabelecimento prisional**, ainda que o adolescente seja separado dos detentos maiores de idade (STJ - HC 180595/MG). Caso inexistam vagas em estabelecimentos propícios, o STJ entende que deverá o adolescente aguardar a vaga em regime de liberdade assistida.

No que se refere ao prazo da medida, não há um prazo mínimo fixado em lei para seu cumprimento, mas **o prazo máximo é de 03 (três) anos**, computado eventual período de internação provisória. **Caso a internação tenha sido aplicada pela hipótese de descumprimento de medida anteriormente imposta, seu prazo máximo será de 03 (três) meses**. Ressalta-se que, caso do infrator complete 21 (vinte e um) anos e esteja em cumprimento de medida socioeducativa, ocorre sua liberação automática.

Considerando que a internação não é aplicada com prazo determinado, deve haver uma avaliação psicossocial do adolescente de maneira periódica, analisando a necessidade de permanência da medida, a ser realizada com intervalos máximos de 06 (seis) meses.

Destaco que o magistrado, apesar de se orientar pelo laudo de avaliação psicossocial, não está adstrito à conclusão constante no referido documento, no que se refere à manutenção ou revogação da internação.

Os **requisitos para aplicação da medida socioeducativa de internação** estão previstos no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que o Superior Tribunal de Justiça considera tal rol como **taxativo**, não devendo ser determinada a internação do adolescente senão nas hipóteses ali previstas (HC 177966/RJ), vejamos:

- ↳ Ato infracional cometido mediante **ameaça ou violência** à pessoa.
- ↳ **Reiteração** no cometimento de outras infrações graves.
- ↳ **Descumprimento** reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Em atenção ao princípio da excepcionalidade, **a internação não possui aplicação obrigatória** em caso de ocorrência de um dos requisitos supracitados, devendo ser avaliada no caso concreto a necessidade de fixação da medida.



É pertinente destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que **o grau de reprovabilidade da conduta, isoladamente, não justifica a aplicação da internação**, sendo necessária a ocorrência de uma das hipóteses legais.

No que se refere ao tráfico de drogas, foi editada a Súmula 492 do STJ: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente” .

Quando do cumprimento da internação, devem ser garantidos os direitos constantes no rol **exemplificativo** do art. 124, do Estatuto da Criança e do Adolescente, vejamos:

- ↪ Entrevista pessoal com representante do Ministério Público.
- ↪ Direito de petição a qualquer autoridade.
- ↪ Entrevista pessoal com seu defensor.
- ↪ Informação acerca da sua situação profissional.
- ↪ Tratamento com respeito e dignidade.
- ↪ Permanecer internado na localidade mais próxima ao seu domicílio ou de seus pais ou responsáveis.
- ↪ Receber visitas semanalmente (exceto em caso de vedação por decisão judicial).
- ↪ Corresponder-se com familiares e amigos.
- ↪ Acesso a objetos de higiene e asseio pessoal.
- ↪ Alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade.
- ↪ Realizar atividades culturais, esportivas e de lazer.
- ↪ Acesso aos meios de comunicação social.
- ↪ Assistência religiosa.
- ↪ Manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de locais seguros para guardá-los.
- ↪ Receber seus documentos quando da desinternação.
- ↪ Não ser submetido à incomunicabilidade.

DIREITO AMBIENTAL

TEMA 1 - POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (PNMA) – LEI Nº 6.938/81

A Política Nacional do Meio Ambiente foi instituída pela Lei nº 6.938/81, como um **indicador estrutural dos principais mecanismos de tutela do meio ambiente** no país.



Tanto na atuação ambiental quanto nas provas objetivas e dissertativas, os principais temas dentro da PNMA são: os princípios, os objetivos, os instrumentos e a composição do SISNAMA.

Sendo assim, vamos aprofundar os estudos dentro desta matéria de grande relevância, tanto teórica quanto prática.

Princípios

Os princípios específicos da PNMA estão previstos no art. 2º da Lei nº 6.938/81, vejamos:

- ↳ Ação governamental na **manutenção do equilíbrio ecológico**, considerando o meio ambiente como um **patrimônio público** a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
- ↳ **Racionalização** do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
- ↳ **Planejamento e fiscalização** do uso dos recursos ambientais;
- ↳ **Proteção dos ecossistemas**, com a preservação de áreas representativas;
- ↳ **Controle e zoneamento** das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
- ↳ Incentivos ao **estudo e à pesquisa** de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
- ↳ Acompanhamento do estado da **qualidade ambiental**;
- ↳ **Recuperação** de áreas degradadas;
- ↳ **Proteção** de áreas ameaçadas de degradação;
- ↳ **Educação ambiental** a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Nota-se que os princípios supracitados se relacionam diretamente aos princípios gerais do Direito Ambiental (ecodesenvolvimento, participação comunitária e informação), principalmente no que se refere à promoção do desenvolvimento sustentável e da educação ambiental.

É pertinente destacar que, apesar de o inciso I do referido artigo considerar o meio ambiente como “patrimônio público”, a doutrina entende que tal expressão deve ser interpretada sob o prisma do **interesse coletivo na integridade ambiental**.



Objetivos

A Lei nº 6.938/81 prevê os objetivos gerais (ou abstratos) e específicos (ou concretos) da Política Nacional do Meio Ambiente. Enquanto os fins gerais (previstos no art. 2º, caput) devem ser utilizados como **norteadores da atuação pautada pela PNMA**, os específicos (art. 4º) são apresentados como desdobramentos dos objetivos abstratos, descritos de maneira concreta, **devendo ser observados quando da execução das medidas previstas na Lei**.

A fim de comparar a natureza dos objetivos previstos pela PNMA, assim como demonstrá-los de maneira organizada, o quadro abaixo apresenta as referidas finalidades, de acordo com suas respectivas classificações:

OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE
OBJETIVOS GERAIS
<ul style="list-style-type: none"> ↳ Preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.
OBJETIVOS ESPECÍFICOS
<ul style="list-style-type: none"> ↳ Compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; ↳ Definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; ↳ Estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; ↳ Desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; ↳ Difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; ↳ Preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; ↳ Imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.



Instrumentos

Os instrumentos são os meios de realização dos objetivos da PNMA citados acima, sendo que muitos destes instrumentos apresentam maior complexidade, tornando-se temas autônomos do Direito Ambiental. São eles:

↳ **Estabelecimento de padrões de qualidade ambiental:** trata-se da **limitação na emissão de poluentes** quando do exercício de atividades de potencial risco ao meio ambiente, com a finalidade de controlar e prevenir a poluição desenfreada e irreversível.

↳ **Zoneamento ambiental:** é a **delimitação e organização dos territórios** a serem utilizados em atividades de pertinência ambiental, a fim de facilitar a implantação de medidas de preservação, bem como a fiscalização do cumprimento das referidas medidas.

↳ **Avaliação de impactos ambientais:** se refere ao **estudo da repercussão ambiental a ser causada por determinado empreendimento**. É imprescindível para a análise da viabilidade de implantação da atividade e das medidas necessárias para atenuar o impacto a ser causado.

↳ **Licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras:** a fim de evitar a instalação descontrolada de empreendimentos prejudiciais ao meio ambiente, causando degradação irreversível, **o licenciamento é condição para o exercício da atividade**.

↳ **Incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental:** tratam-se geralmente de **incentivos econômicos ou fiscais** para que o exercício da atividade poluidora **cause o mínimo dano ambiental** possível.

↳ **Criação de espaços territoriais especialmente protegidos:** tem como finalidade a proteção de áreas cuja degradação exacerbada poderia causar dano ambiental de grande monta ou de recuperação difícil ou impossível.

↳ **Sistema Nacional de Informações Sobre o Meio Ambiente (SINIMA):** corolário do princípio da informação, esse sistema possui três principais funções: a) garantir o **acesso à informação**; b) possibilitar o **compartilhamento de dados**; c) **organizar dados estatísticos** para a elaboração de indicadores ambientais.

↳ **Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental:** é o meio de **identificação obrigatória dos profissionais que atuam na elaboração de estudos ambientais**, a fim de estabelecer organização e controle sobre o exercício da atividade.

- ↪ **Penalidades disciplinares ou compensatórias:** refere-se às **sanções de natureza administrativa**, decorrentes do exercício do poder de polícia, aplicáveis em caso de infração administrativa ambiental.
- ↪ **Relatório de Qualidade do Meio Ambiente:** divulgado anualmente pelo IBAMA, constitui uma **análise dos recursos ambientais**, sendo de grande importância para a avaliação da eficácia das medidas de proteção ambiental implantada, bem como da necessidade de implantação de outras medidas.
- ↪ **Garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente:** tem como objetivo resguardar o direito da população de acesso às informações referentes ao meio ambiente, **obrigando o Poder Público a produzi-las e divulgá-las.**
- ↪ **Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras dos recursos ambientais:** é o meio **de identificação obrigatória de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras**, para facilitar o controle e a organização de tais empreendimentos.
- ↪ **Instrumentos econômicos:** são **institutos de natureza econômica que envolvem a exploração de atividade de pertinência ambiental ou a sua abstinência.** A Lei 6.938/81 apresenta, de maneira exemplificativa, a servidão ambiental, a concessão florestal e o seguro ambiental.

Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA

O Sisnama foi instituído pelo art. 6º da Lei 6.938/81, e **tem como finalidade a execução da Política Nacional do Meio Ambiente.** Sua estrutura foi devidamente definida na Lei, e sua composição é objeto recorrente de questões objetivas.

Nesse sentido, o quadro abaixo demonstra os órgãos de composição do SISNAMA:

COMPOSIÇÃO DO SISNAMA

ÓRGÃO SUPERIOR

↪ **Conselho de Governo:** tem a função de “ assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais” (art. 6º, I).



ÓRGÃO CONSULTIVO E DELIBERATIVO	↳ Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA: com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (art. 6º, II).
ÓRGÃO CENTRAL	↳ Ministério do Meio Ambiente: com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente (art. 6º, III).
ÓRGÃOS EXECUTORES	↳ Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA: exerce o poder de polícia ambiental federal, além de executar ações da PNMA. ↳ Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO: executa ações de conservação ambiental.
ÓRGÃOS SECCIONAIS	↳ Órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental (art. 6º, V).
ÓRGÃOS LOCAIS	↳ Órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições (art. 6º, VI).

DIREITO ELEITORAL

TEMA 1 - FRAUDE NA COTA DE GÊNERO/CANDIDATURA FEMININA FRAUDULENTA

Olá pessoal! Aqui é Rafael Barretto, professor de Direito Eleitoral do Estratégia Carreira Jurídica e vamos discutir um assunto atual, que certamente será explorado em provas objetivas e dissertativas da magistratura estadual, a **fraude na cota de gênero/candidatura feminina fraudulenta**.

O tema passa pelo art. 10, § 3º da lei das eleições (lei 9.504/97) e foi objeto de relevante decisão do TSE no ano de 2019 (Respe 193.92.2016.6.18.0018/PI)

Cota de gênero no registro de candidatura

Conforme previsto no art. 10, § 3º da lei das eleições, nas eleições proporcionais, do número de vagas registráveis, cada partido preencherá o **mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo**.

De início, é importante destacar que, conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, **o percentual 70/30 deve ser aplicado ao número de candidatos que for efetivamente registrado** pelo partido e, não, ao número de candidatos que poderiam ser registrados.

Em exemplo, se um partido puder registrar 30 candidatos a Vereador, mas registrar apenas 20, o percentual 70/30 será aplicado em cima dos 20 candidatos, de modo que, dos 20 candidatos, serão no máximo 14 candidatos de um sexo e no mínimo 6 candidatos do outro sexo.

Apesar de o texto legal mencionar o percentual 70/30 de "cada sexo", na prática o número maior de candidaturas sempre é masculino; demais, por vezes, sequer há candidatas mulheres suficientes para preencher a integralidade das candidaturas.

Retornando ao exemplo indicado, se o partido tiver 14 homens pretendendo se candidatar, isso somente será possível se tiver também 6 mulheres pretendendo se candidatar, pois o percentual 70/30 incidiria sobre 20 candidatos, admitindo 14 de um sexo e 6 de outro.

Havendo, por exemplo, apenas 3 mulheres, e 14 homens, seriam 17 candidaturas, e a incidência do percentual 70/30 sobre 17 candidatos não permitiria 14 candidatos de um mesmo sexo.



E, exatamente em virtude da inexistência candidaturas femininas suficientes para viabilizar as candidaturas masculinas pretendidas, surgiu, na prática, uma distorção que é identificada como candidatura feminina fraudulenta ou de “fachada”.

A candidatura feminina fraudulenta ou “de fachada”

A candidatura feminina fraudulenta consiste na **candidatura feminina formalmente registrada na justiça eleitoral que, em verdade, não representa candidatura alguma**, pois a “suposta candidata”, apesar de registrada como se candidata fosse, não disputa efetivamente o pleito eleitoral.

A candidata feminina “de fachada” **apenas formaliza sua candidatura perante a justiça eleitoral para viabilizar candidaturas masculinas**. Ela “empresta seu nome” ao partido para que o partido a registre como se candidata fosse e, assim, viabilize candidaturas masculinas, quando, em verdade, nunca pretendeu disputar o pleito eleitoral.

A fraude é identificada pela apuração de **situações que denotam a ausência de intenção de disputar o pleito eleitoral**, como, por exemplo, a não abertura de conta bancária para recebimento de recursos financeiros e a inexistência de gastos de campanha eleitoral, a inexistência de atos de propaganda eleitoral, a realização de atos de propaganda em favor de outros candidatos e, pasmem, até mesmo a inexistência de votos, sequer o voto próprio.

Essa conduta fraudulenta foi objeto de relevante decisão do TSE no ano de 2019, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral 193.92.2016.6.18.0018/PI, tendo o TSE assentado importantes pontos, que destacamos a seguir.

A utilização da AIJE para debater o tema

O TSE assentou entendimento de que **a fraude na cota de gênero pode ser objeto de apuração por meio da Ação de Investigação Judiciária Eleitoral (AIJE)** prevista no art. 22 da Lei Complementar 64/90 (lei das inelegibilidades).

A decisão é importante porque **o texto legal (art. 22 da LC 64/90) não prevê, nas hipóteses de cabimento da AIJE, a discussão sobre fraude**, tema que é objeto de discussão na AIME (ação de impugnação de mandato eletivo, CF art. 14, § 10).

Conforme o art. 22 da LC 64/90, a AIJE é cabível para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.

Apesar de não constar no texto legal discussão sobre fraude como hipótese de cabimento da AIJE, o TSE construiu ser cabível sim utilizar a AIJE para discutir fraude na cota de gênero,



enquadrando a situação como uma espécie de abuso. Conforme decidiu o TSE, **fraude seria uma espécie de abuso de poder, pois toda fraude seria uma conduta abusiva**, e, nessa esteira, seria possível debater o tema em sede de AIJE.

Um dos fatores que levou à construção jurisprudencial foi o fato de a AIME, que é uma ação que permite discutir fraude, somente ser cabível após a diplomação, tendo o Tribunal destacado que **a existência de lapso temporal entre o registro de candidatura e a AIME sem um mecanismo processual que permitisse apurar a fraude não seria adequado**, havendo se ter uma forma de a justiça eleitoral, tão logo verificada a ocorrência do ilícito (durante a campanha) poder conhecer da questão.

Litisconsórcio passivo necessário com os dirigentes partidários?

Debateu-se, no julgamento, se haveria necessidade de formação de litisconsórcio passivo com os dirigentes partidários, tese que foi sustentada pela defesa de uma das candidatas Ré no processo, tendo a Corte Superior Eleitoral firmado entendimento de que **só caberia trazer os dirigentes partidários para a lide se lhes fosse imputada alguma conduta**, o que, inclusive, poderia ocasionar para eles sanção de inelegibilidade. Assim, não havendo imputação de conduta aos dirigentes partidários não deveriam ser chamados a integrar a lide, até porque a decisão não lhe traria sanção alguma.

Configuração da fraude e cassação do registro/diploma. Todos os candidatos registrados ou apenas as candidatas de fachada e mais alguns decorrentes do recálculo?

Uma discussão importante ocorrida no julgamento foi definir se a procedência da ação ocasionaria a cassação do registro/diploma de todos os candidatos registrados ou apenas das candidatas de fachada e mais alguns candidatos decorrentes do recálculo dos votos, tendo o Tribunal, por maioria, **firmado entendimento pela cassação de todos os candidatos registrados.**

A Corte entendeu que, caracterizada a fraude, a **cassação do registro/diploma não requer prova inconteste da participação ou anuência dos candidatos, aspecto subjetivo** que é imprescindível apenas para imposição da inelegibilidade para eleições futuras. Desse modo, a fraude na cota de gênero implica a cassação de todas as candidaturas registradas pela legenda ou coligação, sendo que, **entender em sentido diverso incentivaria e beneficiaria a prática de fraude**, eis que dificilmente atingiria os candidatos eleitos.

A tese vencida, no sentido de não cassar todos os candidatos, destacou que não se poderia atingir todos os candidatos, prejudicando candidatos que não participaram, ou anuíram, com a fraude, e que atingir todos implicaria impor uma responsabilidade objetiva, que seria inconcebível.



Configuração da fraude e declaração de inelegibilidade. Todos os candidatos registrados?

Outro ponto importante de discussão no julgamento foi definir se a procedência da ação ocasionaria a inelegibilidade de todos os candidatos registrados, como ocorreria com a cassação do registro/diploma, tendo o Tribunal **firmado entendimento que a inelegibilidade não poderia atingir todos os candidatos, mas apenas os candidatos que cometeram, participaram ou anuíram com a conduta fraudulenta.**

A Corte destacou que a inelegibilidade tem natureza subjetiva, não podendo atingir candidatos que não tiveram envolvimento com a conduta, ainda que tenham sido beneficiados pela conduta fraudulenta.

Resumo

Fraude na cota de gênero. Candidatura feminina fraudulenta

- Candidatura feminina fraudulenta consiste na candidatura feminina formalmente registrada na justiça eleitoral que, em verdade, não representa candidatura alguma, pois a “suposta candidata”, apesar de registrada como se candidata fosse, não disputa efetivamente o pleito eleitoral.
- A fraude na cota de gênero pode ser discutida por meio de AIJE.
- Não há litisconsórcio passivo necessário com os dirigentes partidários.
- A configuração da fraude enseja a cassação do registro/diploma de todos os candidatos registrados
- A configuração da fraude não enseja a inelegibilidade de todos os candidatos registrados, mas apenas sobre aqueles que tenham cometido, praticado ou anuído com o ilícito.

DIREITO DO CONSUMIDOR

TEMA 1 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CDC

Para entendermos o âmbito de aplicação do Direito do Consumidor, faz-se necessário definirmos o conceito dos termos **consumidor**, **fornecedor**, **produto** e **serviço**. Nesta rodada, gostaria de esmiuçar o conceito de consumidor, nos termos do Código.

De acordo com o artigo 2º, do CDC:



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

Ao considerarmos individualmente o consumidor, pela dicção do artigo segundo, perceberemos três elementos essenciais na sua definição:

- i. **Aspecto subjetivo** – Poderá ser considerado consumidor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, independente se brasileiro ou estrangeiro, eis que o dispositivo legal não faz qualquer restrição;
- ii. **Aspecto objetivo** – O consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço;
- iii. **Aspecto teleológico** – Necessário que a aquisição do produto ou utilização do serviço seja na qualidade de destinatário final;

A destinação final nada mais é que a aquisição do produto ou utilização do serviço sem o intuito de recolocação no mercado ou incremento no processo produtivo. A grosso modo, tem-se uma aquisição de um produto sem a intenção de com ele obter lucro.

Para definir o que seria o destinatário final da mercadoria, surgiram duas teorias: a interpretação finalista e a interpretação maximalista.

i. Teoria Finalista ou subjetiva

Para a Flávio Tartuce (2016, pg. 88), o artigo 2º, do CDC, adotou expressamente a teoria finalista ou subjetiva para a qualificação do consumidor. O consumidor deve ser, então, o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, em razão da expressão **destinatário final** constante no dispositivo.

Neste sentido, segundo o autor precisamos analisar:

1º. **Destinação final fática** – o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço.

2º. **Destinação final econômica** – o consumidor não utiliza o produto ou serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.

Assim, uma loja de roupas (pessoa jurídica) que adquire 20 (vinte) blusas de uma fábrica **para revender** não pode ser considerada consumidora desta mercadoria, eis que não a adquiriu como



destinatária final. A aquisição das peças de roupas fora feita com o intuito de recolocá-las no mercado por um preço superior e, naturalmente, obter um lucro com a operação.

Por outro lado, acaso esta mesma loja de roupas adquira uma televisão, é possível considerá-la consumidora nesta operação, eis que não há interesse da empresa em revender o equipamento, mas em utilizá-lo na qualidade de destinatário final.

Trata-se, pois, da aplicação prática da destinação final **fática** e **econômica** do produto ou serviço adquirido. Para Leandro Lages (2014, pg. 19), não basta ser o consumidor:

Destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção e levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem.

Isso significa que não pode utilizá-lo profissionalmente, pois o bem continuaria sendo um instrumento de produção. Seu valor seria embutido no preço final do produto ou do serviço disponibilizado no mercado de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça possui julgados neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. (...)

2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. **Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (...)**

(REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015)

ii. Teoria Maximalista



Já para a interpretação maximalista, o consumidor será tão somente o destinatário final fático do produto ou serviço, independentemente de dar ao produto uma destinação produtiva ou doméstica. Para esta teoria, aplica-se a interpretação mais extensa possível, independente do fim dado ao produto ou serviço adquirido.

Exemplo desta interpretação seria o reconhecimento da relação de consumo entre uma indústria de confecção que adquire produtos de limpeza para aplicar nas peças que fabrica.

iii. Teoria Finalista Mitigada

O Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possível injustiça cometida coma a aplicação cega da teoria finalista, vem reconhecendo em determinadas hipóteses onde presente a **vulnerabilidade** do adquirente do produto, a aplicabilidade do CDC:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC. SÚMULA Nº 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)

2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade. Tem aplicação a Súmula nº 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016)

Assim, podemos concluir que o Superior Tribunal de Justiça reconhece na sua jurisprudência a aplicação da **teoria finalista mitigada**.

Em situações justificáveis, poderá ser dispensado o atributo da destinação final econômica na caracterização do consumidor, desde que presente o requisito da vulnerabilidade do consumidor. O STJ, inclusive, reconhece que pessoa jurídica de direito público poderá ser considerada um consumidor em uma contratação de Energia Elétrica, por exemplo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO DA ANEEL. ANÁLISE DE NORMAS CONTIDAS EM RESOLUÇÃO. INVIABILIDADE. (...)

2. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, para se enquadrar no conceito de consumidor, se aplica a Teoria Finalista, de forma mitigada, quando a parte contratante de serviço público é pessoa jurídica de direito público e se demonstra a sua vulnerabilidade no caso concreto. No caso dos autos, pretende-se revisar contrato firmado entre Município e concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de haver excesso de cobrança de serviço fornecido a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço. Entretanto, o acórdão recorrido não se manifestou a respeito de qualquer vulnerabilidade do ente público, razão pela qual a análise referente a tal questão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

(...)

(REsp 1297857/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014)

Alguns autores também costumam denominar esta teoria de finalista mitigada, atenuada ou aprofundada. Um exemplo prático, já abordado pelo STJ, é o da compra de avião pela sociedade empresária para facilitar o deslocamento de seus administradores:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE AERONAVE POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS. AQUISIÇÃO COMO DESTINATÁRIA FINAL. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

1. Controvérsia acerca da existência de relação de consumo na aquisição de aeronave por empresa administradora de imóveis.

2. Produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes.

3. Existência de relação de consumo, à luz da teoria finalista mitigada. Precedentes.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.



(AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.321.083 – PR. RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data do Julgamento: 09/09/2014.)

Já o parágrafo único do artigo 2º, o artigo 17 e o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor estabelecem hipóteses de pessoas que – mesmo não tendo participado diretamente da relação de consumo – possuem o direito de ser protegidas pelas disposições do CDC.

Estas pessoas são denominadas de consumidores por equiparação, também conhecidos por consumidores “*bystanders*”

Artigo 2º. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

A primeira conclusão que se chega ao analisar os dispositivos acima transcritos é que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se também às relações jurídicas extracontratuais. Isto porque não apenas os consumidores individuais estão abrangidos pela proteção do CDC, mas também aqueles considerados consumidores por equiparação, ainda que não tenham participado da relação jurídica original.

Coletividade de pessoas

De acordo com o parágrafo único do artigo 2º, do CDC, equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Neste ponto procura a lei proteger a coletividade de pessoas, ainda que não se possa determinar individualmente cada consumidor.

Exemplo disto são as normas relativas à segurança e saúde dos consumidores, destinadas a toda a coletividade, independente de se conseguir identificar individualmente quem irá adquirir aquele determinado produto.

Vítima de acidente de consumo

Já o artigo 17 do CDC equipara aos consumidores todas as vítimas de acidente de consumo. Assim, mesmo quando não estiver diretamente vinculado à relação de consumo, a vítima de um vazamento de petróleo, de um vazamento de pesticida, por exemplo, receberá a proteção do CDC por se equiparar ao consumidor.



O STJ já considerou consumidor equiparado o proprietário de uma casa sobre a qual caiu um avião. Assim, mesmo não estando diretamente envolvido na relação consumidor x companhia aérea, o proprietário do imóvel atingido por acidente aéreo será equiparado ao consumidor:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC.

I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista.

II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido.

(REsp 540.235/TO, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 372)

Pessoas expostas às práticas comerciais

Por fim, também serão equiparados aos consumidores, todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas nos artigos 30 a 54 do CDC.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Assim, pessoas expostas a práticas comerciais abusivas, a publicidades enganosas, dentre outras, serão equiparados aos consumidores quando da análise da proteção dada pelo CDC. Recente julgado do STJ ressaltou um ponto muito importante: a condição de consumidor é personalíssima, assim, um cessionário que não preenche as condições de consumidor não pode alegar para si direitos cabíveis exclusivamente ao próprio consumidor.



RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. CESSÃO. CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. MILHARES. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. CARACTERÍSTICAS PESSOAIS DO CEDENTE. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO IDENTIFICAÇÃO. COMPETÊNCIA. LOCAL DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. DOMICÍLIO DO DEVEDOR. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às ações que têm como objeto o cumprimento de contratos de participação financeira, pois diretamente atrelados ao serviço de telefonia. 2. Na hipótese, a recorrida é cessionária de milhares de contratos de participação financeira, os quais já foram objeto de negociações anteriores. Não está presente nenhum vínculo com a situação originária do adquirente da linha telefônica, interessado na utilização do sistema de telefonia. 3. **As condições personalíssimas do cedente não se transmitem ao cessionário. Assim, a condição de consumidor do promitente-assinante não se transfere aos cessionários do contrato de participação financeira. Precedente.** 4. A situação dos autos retrata transações havidas entre sociedades empresárias, de índole comercial, não se identificando quer a vulnerabilidade, quer a hipossuficiência do cessionário. 5. Incide, na hipótese, a regra geral de competência, visto não haver convenção em sentido diverso e o contrário não decorrer da natureza da obrigação e das circunstâncias do caso. 6. O domicílio da pessoa jurídica é o local de sua sede, não sendo possível o ajuizamento da ação em locais nos quais a recorrente mantém suas filiais se a obrigação não foi contraída em nenhuma delas. 7. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1608700 PR 2016/0163461-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 09/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2017)

Comerciante vítima de acidente de consumo

O STJ também já reconheceu como consumidor equiparado (“bystander”) o comerciante que sofre dano no momento em que está guardando garrafas em um freezer, em razão da explosão de uma das garrafas:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOSÃO DE GARRAFA PERFURANDO O OLHO ESQUERDO DO CONSUMIDOR. NEXO CAUSAL. DEFEITO DO PRODUTO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1 - Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava



em um freezer, causando graves lesões. 2 - Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regramento art. 17 do CDC ("bystander"). (...)

(STJ - REsp: 1288008 MG 2011/0248142-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 04/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2013)

FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

Olá pessoal!

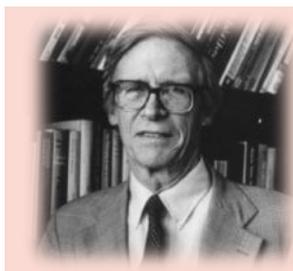
Aqui quem fala é **Jean Vilbert**, fessor do Estratégia Carreira Jurídica nas disciplinas de Direito Constitucional e Humanística. Quanto a essa segunda matéria, que todos amam, em sei, selecionei um tema que considero legal de cair em prova da magistratura: justiça como equidade (John Rawls). Vamos a ele!

TEMA 1 - JUSTIÇA COMO EQUIDADE: JOHN RAWLS

Olhe à sua volta e pense na sua vida. Você mora em um lugar confortável? Sua família lhe deu (dá) suporte? Você teve uma boa educação? Sim? Você se sente privilegiado? **Não?** Acha que alguém trabalhou duro para oferecer essas "vantagens"? Ah... você quer dizer que nem tudo são rosas na sua vida (você ainda não mora bem e a educação foi *meia boca*). Entendi. O que você acharia se TODOS pudessem morar bem e ter boa educação? Ótima ideia? Boa! Após obter aprovação, você concorda em doar 30% do seu salário todo mês para viabilizarmos isso? Não? Por quê? Você trabalhou duro e outros talvez não mereçam? Ah... sei... é porque ainda haverá pessoas mais ricas que você e elas não doam... E se elas também aceitarem doar? Aí sim? Você assinaria um contrato para firmamos essas obrigações?

Essa linha de inquietações passeia pelas investigações de John Rawls. Isso mesmo: vamos falar agora da teoria de justiça mais vibrante da atualidade (mesmo que a maioria não saiba o fundamento de sua pregação, o tema está na boca do povo: cotas, ações afirmativas, busca de igualdade material). Por isso, **ATENÇÃO** redobrada!





John Rawls (1921-2002) foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de “Uma Teoria da Justiça” (1971), “Liberalismo Político” (1993) e “Justiça como equidade” (2001), obras que o posicionam como precursor do **liberalismo igualitário**: a liberdade e a igualdade são valores a serem equalizados pela sociedade, de modo que possam coexistir.

A ideia central de Rawls é que **a proteção dos direitos individuais é um valor inegociável**, mesmo perante a maximização do bem-estar da maioria – contrapõe-se especialmente ao utilitarismo (não é aceitável, no campo das decisões, voltar-se à felicidade da maioria com violação aos direitos das minoritárias). Mas a oposição do pensador americano não para por aí; ao apresentar sua teoria ele analisa (e critica) os demais modelos de justiça.

Por que ELES estão errados e EU certo: (a) **aristocracia** = distribui riqueza, oportunidades, poder de acordo com a *acidente* do nascimento. Se você é nobre se deu bem, se não é *silascou*; se for o primogênito, pode virar rei, se ficou para trás vai ter de matar alguém para subir ao trono (arbítrio genético); (b) **meritocracia** = a riqueza, o poder, as posições estão *formalmente* abertas a todos (pelo mérito), mas se você tiver uma boa família e educação “se deu bem, se não é *silascou*” – incluir todo mundo na corrida é ótimo, mas quando os competidores partem de posições tão distantes, a prova dificilmente será justa (bonito em teoria, mas na prática...).

Assentadas essas premissas, ele busca harmonizar as liberdades básicas (civis e políticas) com a **igualdade de oportunidades** (a meritocracia só será justa se todos tiverem iguais oportunidades de desenvolver seus talentos), utilizando para isso elementos contratualistas (de Locke, Hobbes e Rousseau) e da função *distributiva* do Estado (na linha do que defendeu Aristóteles).

A sociedade é um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais²⁵.

Uns tem tanto (poder, dinheiro, cultura, sabedoria...); outros têm tão pouco (miséria, ignorância, desocupação). E ainda que as coisas assim sejam, elas não precisam continuar a assim ser. John Rawls acredita que é possível regular totalmente a sociedade (via “contrato social”) para garantir maior equidade nas relações sociais.

²⁵ Há quem diga que Rawls busca aliar o contratualismo de Locke com o liberalismo de Kant. Contudo, Kant afirmava categoricamente que “toda equidade forçada é nada mais do que a restrição da liberdade alheia”.

Mas como, na prática, fazer isso? Escolhendo bem os **princípios regentes da sociedade**. As cláusulas do contrato social devem levar à **EQUIDADE** (*Justice as fairness*), o que será possível se os signatários do contrato forem homens livres, iguais, racionais (capazes de selecionar concepções de bem e de meios adequados para a vida) e ainda razoáveis (dispostos a chegar a bom termo com os demais, tornando possível a vida social). “Ahh, Jean, fala sério, isso é inviável. Onde vamos encontrar homens assim?”.

Rawls, como sinalizado, é um **necontratualista**, o que significa que retoma a ideia de contrato social. Só que ele o faz de uma perspectiva *hipotética* (não histórica). Ele cria uma alegoria, a da **posição original** (sob o **véu da ignorância**), para (além de servir como fundamento racional de sua teoria) assentar o momento inicial em que os homens discutiriam, em *absoluta igualdade*, os princípios da ordem social. Vamos montar essa alegoria (estilo “mito da caverna” de Platão).

As pessoas estão em um barco, indo para uma ilha na qual iniciarão uma sociedade. Estão, portanto, na *posição original*. E elas estão todas sob o *véu da ignorância*: não sabem se são homens ou mulheres, bonit@s ou fei@s, inteligentes ou burric@s, fortes ou frac@s, rápid@s ou lent@s, não têm religião definida ou ideia de qual classe econômica ocuparão. Sabem nada (inocentes)! Aí que eu quero ver!!!

Essas pessoas escolheriam as melhores regras possíveis para a sociedade – não depositariam vantagens em uma classe que não sabem se ocuparão, nem dariam prevalência a gênero, etnia, raça... não teriam coragem de estabelecer que as minorias poderiam ser jogadas aos leões para divertimento público em uma arena (e arriscar fazer parte dessa minoria? *Cê é loko*)... Jogadores de futebol não ganhariam fortunas, pois os dotes esportivos e artísticos receberiam tanto valor quanto os intelectuais (vai saber de que lado você estará na ilha...). **A equidade (igualdade nas relações fáticas) rege a sociedade** – o véu da ignorância impede que o conhecimento da situação atual das pessoas influa nas decisões para a vida social.

Genial, não? É muito fácil imaginar que, se sapientes de sua condição pessoal, os fortes diriam que o comando da sociedade deveria ficar em suas mãos (capazes de proteger os fracos), ao que redarguiriam os inteligentes (capazes de guiar os menos astutos). Cada um puxaria a brasa para o seu assado. Mas e se ninguém souber quem é o que? É de se presumir (ao menos é isso que faz Rawls) que a equidade prevalecerá. Os princípios morais, finalmente, não ficarão subordinados a situações particulares.

As motivações das decisões desses homens (na posição original e sob o véu da ignorância) seriam orientadas para garantir, de modo **igualitário**, os bens necessários ao desenvolvimento individual de cada um e de todos (bem comum), dando forma a uma sociedade cooperativa. Haveria um acordo apto a considerar **imparcialmente** os pontos de vistas de todos os participantes para a justa distribuição dos bens sociais.

É **certeza** que os homens da posição original escolheriam a equidade?

Há quem diga que Rawls nunca jogou pôquer: as pessoas arriscam, caro amigo. Quem disse que não escolheriam uma monarquia à moda antiga? Ou sou rei (ou nobre) e fico por cima da carne seca, ou viro servo e aí paciência... é tudo ou nada: *all-in!* Rawls se defende dizendo que as pessoas não saberiam sequer a probabilidade de ganhar ou perder e não arriscariam em tal condição. É uma boa resposta, mas a crítica não deixa de escancarar um elemento dogmático da teoria: o princípio da equidade é pressuposto (ainda que bem justificado).

A crítica de RONALD DWOKIN à posição original

O fator da aposta



Rawls defendeu que como as pessoas na posição original, sob o véu da ignorância, não conhecem suas características pessoais, escolherão os princípios de justiça de modo equânime, sem prejudicar ou privilegiar determinada parcela da sociedade.

Quem disse?

Os apostadores sabem muito bem que as pessoas correm riscos, e que seria bem possível que os envolvidos resolvessem estabelecer vantagens para um determinado grupo social em detrimento de outros (apostadores na loteria social).

Dworkin sai de cara com duas críticas severas, denotando que Rawls parte de **pressupostos NÃO comprovados**: **(a)** do ideal de que uma sociedade de cooperação produz os melhores resultados sociais do que uma sociedade que vise à competição; **(b)** a concepção de pessoa moral, livre e igual, que visa seu interesse e o de outrem em completa harmonia e auxílio mútuo.

Assim, os pactuantes de Rawls são compelidos à escolha dos princípios de justiça que privilegiem o bem-estar de todos, independentemente de contingências naturais e históricas. Isso está longe de ser preciso. Rawls, em verdade, apresenta uma concepção principiológica *conservadora* e que se afasta da realidade – se os pactuantes forem jogadores (*gamblers*), podem optar por outros princípios de justiça.

Quem faz cumprir?

Acordos hipotéticos NÃO significam nada com relação a situações reais. O contrato social haveria de ter um poder vinculante para compelir os sujeitos a seguirem os princípios de justiça escolhidos.



Mas quem o fará? Se o contrato é hipotético, tão logo as pessoas tomam conhecimento de suas circunstâncias (cai o véu da ignorância), lutarão para alterar as cláusulas...

HOJE é hoje; AMANHÃ é amanhã...

É preciso diferenciar as noções de interesse antecedente e interesse atual. Uma coisa é o que foi pactuado sob o véu da ignorância, outra coisa é o que remanesce depois.

Aliás, seria justo aplicar os princípios de justiça escolhidos em uma situação antecedente (de ignorância) para compelir um sujeito em situação distinta daquela (atual, real), quando este não mais consente com aqueles princípios iniciais? Ora, julgamentos sob uma dada circunstância somente valem para aquela mesma circunstância – *rebus sic stantibus*.

E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Embora Rawls se diga um defensor dos direitos fundamentais, onde está isso em sua construção?

Efetivamente, NÃO há direito prévio à posição original. Nem mesmo há uma ordem lexical anterior, sendo até mesmo esta construída no acordo das partes. A teoria de Rawls se mostra NÃO fundacionalista, de modo que a própria vida não tem preferência – não se pode determinar com qualidade fundacional que é errado retirar a vida de outrem.

Assim, ainda que o direito à vida seja condição de possibilidade para a consecução do ideal de justiça rawlsiano, pois a humanidade só pode ser vislumbrada a partir daquilo que é humano e em execução de suas plenas potencialidades, NÃO há uma defesa tão forte desse direito.

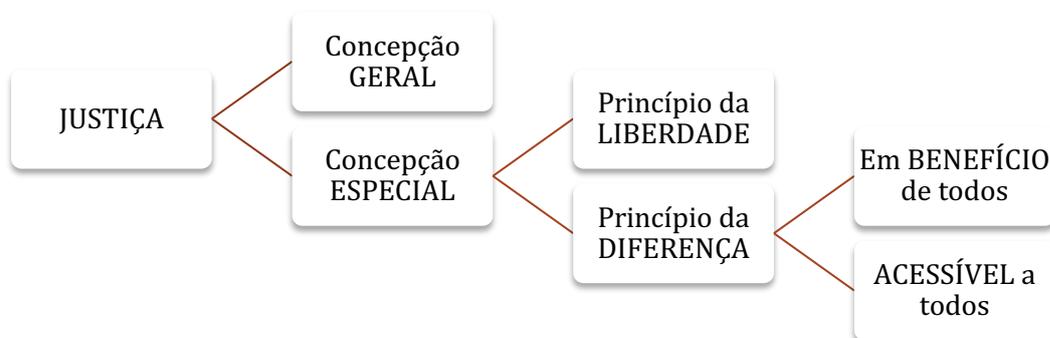
Está vendo? Até mesmo entre progressistas igualitários (supostos aliados) fecha o tempo. A academia é local de guerra, de briga pelo espaço, de crítica, de ciência, de zetética, de fuga da dogmática. É isso!!!

Agora você já deve estar curios@ para saber quais seriam esses princípios adotados pelos homens sob o véu da ignorância. O barco está chegando, a ilha está próxima e precisamos de algo mais concreto do que a ideia abstrata de equidade. Pois Rawls não decepciona e indica com precisão quais seriam esses princípios, a erigir duas concepções de justiça: geral e especial.

Concepção GERAL de justiça: os bens sociais devem ser distribuídos igualmente, exceto se a distribuição desigual de algum redunde em benefício a todos (notadamente os menos favorecidos).



Concepção ESPECIAL de justiça: é orientada pelos princípios da liberdade e da diferença: **(a)** princípio da **LIBERDADE** = cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas, compatível com um sistema de liberdades idênticos para os demais **(b)**; princípio da **DIFERENÇA** = as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas (1) para que razoavelmente beneficiem a todos (em especial os desprivilegiados) e (2) desde que decorram de posições e funções às quais todos tenham acesso (fala-se em **oportunidade justa**).



Há duas questões óbvias aqui. A *primeira* é que você precisa memorizar essa organização (ou você acha que eu coloquei o esquema acima apenas porque é bonitinho?). A *segunda* é que precisamos minuciar a teoria. Há bastante coisa para ser dita, entendida, trazida para o mundo real (a teoria é legal, mas mais legal é aplicá-la na prática).

Cegos para idiosincrasias (particularidades pessoais), os homens adotariam a **igualdade** como **princípio geral**: “os bens sociais devem ser distribuídos igualmente”. Mas aí vem o primeiro problema: não haverá governantes? Necessariamente será uma anarquia? Porque se houver governantes, estes já receberão um bem social com relevante valor (poder). Chegamos rapidamente à segunda parte da concepção geral de justiça: “*exceto se a distribuição desigual de algum redunde em benefício a todos (notadamente os menos favorecidos)*”.

Conforme elucidam os pensadores contratualistas (aqui em especial Locke), o homem em liberdade total vive em um Estado muito inseguro. É difícil fazer a defesa de qualquer bem (quer seja a vida, propriedade e liberdade) senão pela força. A sociedade civil, como escapatória aos perigos da natureza, é levada a instituir governantes, legisladores e julgadores – para que se possa organizar a vida social de modo harmônico. Contar com essas instituições (e com a distribuição diversa dos bens sociais: haverá governantes e governados) é para o próprio bem dos membros da comunidade. Justifica-se a medida (em benefício de todos).

Essa é a ideia, captou?

Podemos passar, então, à concepção especial de justiça.

O **princípio da liberdade** é **Kant** na veia (mas sem a análise do imperativo categórico): o máximo de liberdade, desde que essa não interfira indevidamente na liberdade alheia (todos devem gozar do mesmo sistema de liberdades).

Como valor dos mais caros à sociedade, a liberdade deve ser protegida com todo o cuidado e carinho hehehe.

Somente é admissível alguma redução da liberdade se isso resultar no aumento total das liberdades de todos.

Em uma primeira leitura até parece um tanto utilitarista, não é? Rsrtrs Mas o quer dizer a frase, afinal? Que não pode prender ninguém, mesmo diante do cometimento de crimes? Ao contrário: em condições especiais (como as definidas pela legislação criminal), legitima-se a prisão de alguns indivíduos (perigosos) para que os demais tenham liberdade plena. O preceito, em última instância, é uma advertência para quão preciosa é a liberdade (não pode ser relativizada para a maximização da felicidade).

(2015/CESPE/DPU/Defensor Público) Com relação à filosofia do direito, julgue o próximo item.

Segundo Rawls, idealizador do liberalismo-igualitário — proposta que relaciona os conceitos de justiça e de equidade —, cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas compatíveis com um sistema de liberdade similar para todos, o que ele considera o primeiro princípio da justiça.

Comentários

Aí fica fácil, né?! A concepção especial de justiça de Rawls pauta-se princípios: (1) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos (princípio da liberdade); (2) as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo, tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (princípio da diferença).

Já o **princípio da diferença** é o grande *BUMMM* da teoria e desdobra (justifica e minude) a ideia colocada como exceção à igualdade inicial proposta na concepção geral de justiça.

Como haverá inevitáveis desigualdades econômicas e sociais (só nos sonhos/devaneios dos socialistas utópicos é que há a viabilidade de uma sociedade completamente igualitária), essas



desigualdades devem ser organizadas de maneira que (1) razoavelmente beneficiem a todos, com destaque para os que restarem desprivilegiados (já falamos disso na exceção da justiça geral) e (2) abram-se em posições e funções às quais todos tenham **oportunidade justa** (equitativa) de acesso.

Princípio da IGUALDADE	Princípio da DIFERENÇA
+ cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais = sistema semelhante de liberdade para todos.	+ as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (1) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos; (2) sejam vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Mas como garantir as diferenças beneficiarão a todos e estarão posicionadas de modo que todos tenham acesso equitativo a elas? Ora, por meio da **distribuição igualitária de bens** (conforme concepção geral de justiça). As noções são complementares e inseparáveis.

Há **BENS sociais** (distribuídos pelas instituições sociais, como a liberdade, as oportunidades e riquezas, o respeito) e **naturais** (gênero, beleza, inteligência – não podem, a rigor, ser alterados). Entre os bens sociais, há aqueles que são primários, isto é, os que **TODOS NECESSITAM** para obter satisfatório resultado social.

Bens sociais PRIMÁRIOS:

- a) **liberdade**: não só de movimentação, como de pensamento e de consciência, o que é fundamental à participação consciente em uma sociedade.
- b) **oportunidade**: poderes efetivos de realização de escolhas em vista das disponibilidades (acesso a cargos públicos, posições de autoridade, poderes e prerrogativas sociais).
- c) **riqueza**: agrega valor às escolhas (e abre um sem número de alternativas) – renda e patrimônio são instrumentos destinados a diversos fins.
- d) **respeito**: depende da possibilidade real de desenvolvimento das escolhas e de elas serem reconhecidas pelos outros – ambiente social favorável, a fim de que cada um possa alcançar, com confiança, as metas pessoais.



A leitura atenta dos bens sociais primários não deixa dúvidas sobre a importância da **liberdade** (de **escolhas**) na teoria rawlseniana. Tudo gira em torno disso. Em uma sociedade justa, esses bens devem ser necessariamente distribuídos entre TODA a população.

Ok. Eu sei! Você está olhando para o item “c” (igualdade de riqueza) e se coçando para comentar:

“se a possibilidade de escolha depende da riqueza *tamo perdido*. Quer dizer que não podemos pagar mais para os juízes do que para os pedreiros?”

Claro que podemos. A sociedade vai acabar pagando mais os juízes (pela exigência de formação, pela escassez do cargo, complexidade, responsabilidades) – a sociedade se beneficia (e muito) com juízes competentes (justos, imparciais, capazes de distribuir justiça).

“Mas, Jean, e como fica a questão da viabilização das escolhas?”

Que liberdade de escolha tem o filho do pedreiro (poderá estudar medicina)? Quais serão suas chances reais de obter um bom emprego? Melou!!!” *Calma!* A sociedade pode compensar a diferença “juiz-pedreiro” oferecendo educação pública e bolsa de estudos ao filho do pedreiro. Essa educação é de ser custeada com contribuição tributária considerável e progressivamente maior dos juízes. Sacou?

“Mas e quando a fortuna é *demais*? Como justificar um Bill Gates da vida?”

Fácil! Ele fez fortuna... sim... mas é por causa dele você está lendo esta apostila no Windows, não? Ah, você está usando Mac? Então o caso é com o Steve Jobs. E se está usando o Android (não sei quem é o rico que o inventou), eu volto ao Bill Gates, porque usei o Word para elaborar este documento. Enfim, os **benefícios sociais gerados compensam (e justificam) a diferença existente**. Você vai passar em concurso com ajuda do Bill Gates kkkkk

A justiça em Rawls NÃO é estudada com base na ação humana individualmente tomada (como faz o utilitarismo), nem com base nos resultados obtidos por uma ou outra pessoa em específico (fortuna e pobreza desse ou daquele), mas sim com base na estrutura social, nas instituições sociais (leis fundamentais, regras e preceitos de uma sociedade). É a **justiça das instituições humanas** (interesses comuns a todos) que beneficia ou prejudica a comunidade. Por isso uma teoria da justiça deve buscar, além de determinar o que é socialmente justo, mostrar quais são os modais deônticos (deveres) das instituições nas estruturas básicas de uma sociedade.



Se você está atent@ e se perguntando o porquê de eu ter citado os bens **naturais** (gênero, beleza, inteligência), em paralelo aos bens sociais logo acima, aqui vem uma *surpresinha* (nessa parte da teoria a galera pira)!

É certo que **os bens naturais NÃO podem ser alterados**: não dá para ficar inteligente (talvez, com muito estudo, mais sabido), não dá para ficar tão forte (e quanto digo isso me refiro a você ficar o dia todo lá puxando peso e daí vem um moleque que, com 14 anos, tem 1,85m e levanta 80kg no supino – uma reencarnação do Sansão) e nem tão rápido (não interessa quanto você treine, se não tiver a constituição física do Usain Bolt...), não dá para ficar bonita... ops... tem tanta gente feia por aí ficando bonita (menos feia?) com os avanços da cirurgia plástica... De toda forma, **a inalterabilidade (ao menos relativa) dos dotes naturais não enseja que sejam deixados de fora das considerações do contrato social**, já que eles são muito importantes nos resultados que serão obtidos pelos contratantes. E Rawls entende que **NÃO se deve deixar que os bens naturais ditem definitivamente a obtenção de bens sociais**, o que seria antiético.

Permitir que a distribuição de riqueza e oportunidades se dê com base em contingências naturais é tão antiético e arbitrário como permitir que o seja por causas sociais.

Quer dizer, você acha que merece ganhar mais porque, por ser naturalmente mais inteligente do que a média, passará em concurso público? Mas qual a diferença entre isso (inteligência) e as relações aristocráticas da nobreza? Em ambos os casos não é uma questão de sorte ou azar ao nascer?

É por isso que, para Rawls, as diferenças entre as pessoas em virtude de características naturais devem ser compensadas pelas instituições sociais. Não é correto e justo abandonar as pessoas à própria sorte diante da loteria natural. **Sorte e azar não podem ser fatores determinantes dos resultados sociais**.

As pessoas no barco (na posição original, sob o véu da ignorância), ao convencionarem o princípio da diferença, teriam acordado o seguinte: aqueles que forem privilegiados (por habilidades socialmente desejáveis) vão utilizar seus dotes em benefício de todos os membros da comunidade;

os que restarem debilitados pelo sorteio natural poderão contar com a ajuda dos que se derem bem²⁶. E assim fica todo mundo feliz.

Senta (se não está sentad@ kkkk) que é hora de uma **boa história para descontrair**²⁷: “Um pesadelo igualitário”. Em 2081, finalmente, todo mundo é igual. Ninguém é mais bonito, rápido, forte ou inteligente do que qualquer outro. Cidadãos acima da média são obrigados a colocar um fone de ouvido que de pouco em pouco faz um barulho irritante para evitar que tirem indevida vantagem dos seus cérebros privilegiados. Só que Harrison Bergeron é extraordinariamente mais bonito, esperto e habilidoso. Ele é obrigado a usar também óculos que turvam sua visão, um nariz de palhaço, sobrancelhas raspadas e capas pretas sobre os dentes. Ele ainda veste roupas de metal pesado para minorar sua força e velocidade. Agora sim o sonho de Rawls se realizou.

Claro que a provocação da anedota (distópica) não ficaria sem resposta. Rawls replica que ele não quer segurar ninguém (quer empurrar os que estão mais atrás). Todos devem ser estimulados a fazer o seu melhor, mas conscientes de que (pelo princípio da diferença), **as recompensas extraídas da aplicação dos talentos naturais pertencem à comunidade como um todo, e não apenas aos detentores dessas habilidades** – a tréplica é dada por Adam Smith: “o homem responde a incentivos”. Teríamos algo como o *médico cubano*: “você estuda bastante, esforça-se muito, assume imensa responsabilidade e, ainda assim, sua recompensa financeira é a mesma que a do gari... mas veja pelo lado bom: sua profissão é nobre e estará contribuindo para a revolução”. Difícil né?!

Rawls toma a palavra para (em quadréplica) dizer que são admitidas diferenças salariais em seu modelo (desde que benéficas ao todo – exemplo: incentivar que tenhamos bons médicos). Mas esse é o ponto: a teoria rawlseniana definitivamente não considera justo que um médico ganhe mais por seu trabalho (em si próprio); o *doutor* só ganhará mais se e enquanto isso for benéfico aos menos favorecidos.

Se você ficou indignado, tem mais! A rejeição de Rawls à meritocracia é profunda. Você acha que merecerá seu salário após aprovação porque está aí estudando (horas e mais horas, dia e noite, final de semana, feriado)? Huhauhauhauh “**Esse esforço não é seu!**”, diria Rawls, com tranquilidade e paz de espírito, enquanto ajeitava os óculos sobre o nariz.

²⁶ A visão de Rawls se aproxima, neste ponto, da de Montesquieu: os homens a bordo do barco e do estado de natureza sentiriam, antes de qualquer outra coisa, MEDO (de se dar mal).

²⁷ Adaptação de Kurt Vonnegut extraída de “Justice: what’s the right thing to do?” (SANDEL, Michael. New York: Penguin, 2010, p. 155-156).



Ainda bem que este livro é digital, senão você provavelmente já o teria rasgado e comido as folhas correspondentes à teoria da *justiça como equidade*. Mas fique calm@ e vamos ao menos tentar entender o que Rawls quer dizer.

É possível afirmar com **certeza** que o esforço, o trabalho duro, a vontade de vencer, a disciplina, a dedicação, a atenção... são **características cultivadas individualmente** (sem causa social ou natural)?

Pare para pensar: sua dedicação não foi inspirada por alguém do seu círculo de convivência? E a atenção não foi desenvolvida após o incentivo à leitura dado por seus pais? O foco que você clama não foi, ao menos em parte, possível porque você tinha tranquilidade para isso (e se seu pai estivesse preso e sua mãe bêbada batendo panelas)? E o trabalho duro... esse é mesmo um elemento a se considerar como padrão de justiça? Às vezes alguém que é inteligente precisa estudar metade do que aquele que tem mais dificuldades cognitivas... é difícil medir e separar o esforço no seio dos dotes naturais.

Atento a essas incertezas, Rawls afirma que **o esforço, o trabalho duro, a vontade de vencer, a disciplina, a dedicação, a atenção... são todos elementos tão arbitrários quanto os demais já citados (inteligência ou nobreza) – derivam ou da natureza ou de questões sociais como a educação e o ambiente familiar.**

E tem mais uma ainda. **O valor que se dá para coisas varia no tempo e no espaço.** Se você for um grande judoca no **Brasil** você será? Um grande judoca (com contas atrasadas). Se você for um grande judoca no **Japão** você será? Rei! Se você for um grande jogador de futebol americano no **Brasil** você será? Um programador de sistemas durante o dia, um rato de academia à noite e um esportista amador aos finais de semana. Se você for um grande jogador de futebol americano nos **EUA** você será? Rico (e talvez marido da Gisele Bündchen... vide Tom Brady)!

Piadinhas à parte... se você for um bom humorista **hoje** (isso é bem subjetivo) você será? Talvez um fenômeno como Whindersson Nunes. Se você fosse bom humorista na **Idade Média** você seria? Com sorte o bobo da corte; com azar perderia a cabeça por não fazer o rei rir... É tudo muito contingencial para que Rawls admita algo desse âmbito como digno de reconhecimento. Nossas habilidades podem ou não ser valorizadas pela sociedade em que viemos, o que nos recoloca no campo arbitrário da sorte (onde, quando e como nascemos). O que estaria fazendo Luan Santana se tivesse nascido na Coreia do Norte?

Concordemos ou não, é sobre essas fendas e polêmicas que Rawls constrói sua teoria. Isso de **merecimento individual simplesmente NÃO existe** para ele. Tudo pode (e deve) ser regulado para fins de equalização. É por essa razão que as ações afirmativas (distribuição social de bens) são corolário imperativo da vida em sociedade e sequer são temporárias – há SEMPRE vicissitudes a serem sanadas.



Aí mexemos em vespeiro. Concurso e vestibular; melhor nota entra? Por quê? Já vimos que, aqui, inteligência e esforço não merecem uma palha de consideração. Então, qual o critério a ser adotado: qualquer um, desde que, considerando o papel que a educação e os cargos públicos exercem no modelo de sociedade que adotamos, a sistemática atue como mecanismo de abertura de posições privilegiadas aos até então desprivilegiados (dar novos tênis aos corredores que partiram mais atrás).

A justiça distributiva NÃO é um sistema que recompensa o mérito, mas um modelo que, uma vez estabelecidas as regras de cooperação social, atende às legítimas expectativas criadas.

Com essa noção, Rawls se afasta de Aristóteles, que dava importância ao *telos* (avaliação da finalidade na distribuição de benefícios). Ilustrando, na teoria rawlseniana, os candidatos da ampla concorrência que deixarem de ingressar em vestibular ou concurso não podem tecer qualquer objeção ao sistema de cotas – injusto seria um modelo de meritocracia formal, que perpetuaria diferenças em benefício dos mais privilegiados. A única reclamação legítima por preterição em razão da nota seria se (estabelecido que a nota é o critério de ordenação dentro de cada grupo) alguém fosse deixado para trás (dentro do seu grupo) por quem tem nota inferior – uma vez **estabelecidas as regras do jogo** (e apenas após isso é que se pode clamar por algo), estas devem ser cumpridas (geram legítimas expectativas).

Rawls é considerado o grande **teórico das cotas**. Em sua visão, **cabe aos processos seletivos atuar fielmente com base no princípio da diferença**: abrir oportunidades equânimes aos desprivilegiados.

Já está se levantando? *Peraí!* Acha esgotamos o tema? Nada!! Ainda tenho alguns pontos a falar (Rawls foi um teórico ativo por mais de três décadas... e disse muita coisa importante). Além disso, como sua teoria ganhou imensa notoriedade, é presumível que fosse ser também criticada, o que levou o autor a reformulá-la em alguns aspectos e a trazer argumentos adicionais para rebater algumas dessas críticas.

Após a queda do muro de Berlim e o colapso do comunismo no bloco soviético, anunciou-se o triunfo da democracia liberal, o *"fim da história"* (expressão utilizada pelo filósofo e economista político nipo-estadunidense Francis Fukuyama). Com a globalização, surgiu a expectativa de que o conjunto de valores liberais poderia ser aplicado de modo universal (é isso que prega a teoria dos direitos humanos e os documentos internacionais que os reconhecem).



Acontece que as diferenças culturais, verificadas especialmente no Oriente, impediram que se avançasse na pretendida universalização (há imensa dificuldade em se implementar as práticas liberais fora do mundo Ocidental). As sociedades revelam diferentes formas de pensar o direito, a moral, os valores, as prioridades.

Surgiu, assim, a corrente de pensamento **COMUNITARISTA**, que engloba teorias não tão homogêneas, mas que se identificam por considerar insuficiente a tese exposta por Rawls em “Uma teoria da justiça”. Segundo eles, o véu da ignorância padeceria de incoerência filosófica ao **construir princípios e noções de justiça desconsiderando o ambiente social** em que o indivíduo se desenvolve, bem como as práticas e tradições que definem a sociedade e findam por influir e identificar os princípios e os modelos de organização social e política (*a ênfase no individualismo e no racionalismo deixou escapar os valores históricos, a identidade e a personalidade das pessoas, despojando-as justamente daqueles papéis que são convocadas a desempenhar cotidianamente*).

O liberalismo-igualitário traria uma **concepção asséptica de indivíduo** – um sujeito racional de direitos em uma sociedade que é produto superficial da vontade. Para o comunitarismo, **os valores morais são uma construção coletiva que surge da tradição das comunidades e que são cultivadas por seus participantes, devendo orientar a ação política em prol do bem comum**.

Em resposta, Rawls escreveu as obras “Liberalismo Político” (1993) e “Justiça como equidade” (2001), nas quais deu nova roupagem à sua teoria e trouxe novos elementos, como as concepções de equilíbrio reflexivo e de consenso sobreposto.

Dentro da teoria rawlseniana, o **EQUILÍBRIO REFLEXIVO**, consistente em se **submeter os princípios de justiça às convicções mais ponderadas das pessoas**, procedendo-se aos ajustes e revisões necessárias (etapa que segue à posição original). Ou seja, passada a fase do véu, vamos ver se tudo saiu bem e podemos seguir com nossa sociedade ou é preciso ainda lapidar alguma coisa. É bom lembrar que os princípios de justiça são *criação da razão humana*, resultado de um processo discursivo (construtivismo).

A questão que surge então é se, na prática, será possível algum tipo de consenso sobre esses princípios, afinal, o **pluralismo** é traço característico das democracias modernas – a longo prazo, o surgimento de doutrinas conflitantes e *irreconciliáveis* na cultura pública é resultado inevitável do exercício das faculdades da razão humana em um ambiente de instituições básicas livres e duradouras.

Nesse cenário, em que as pessoas têm liberdade para adotar, e de fato adotam, diferentes concepções, a menos que se recorra à violência, **NÃO há como fazer imperar uma só visão de mundo, nem mesmo para construir e aprovar princípios de justiça**. Uma vez levantado o véu da ignorância, uma miríade de filosofias, códigos morais, religiões, doutrinas passam a se considerar expressão única da verdade, em exclusão a todas as demais. Em tal contexto, como fazer com que



os indivíduos (que possuem crenças tão díspares e excludentes) cheguem a um acordo sobre tema tão sensível como justiça? Impossível!

A saída é apelar a um **CONSENSO SOBREPOSTO**, isto é, **aprovar de maneira generalizada as doutrinas abrangentes²⁸ razoáveis²⁹ que convivem na sociedade**, de modo que os princípios de justiça se tornem, justamente, o **ponto de convergência** das diferenças existentes entre elas. É sim possível a existência de uma sociedade estável e justa, de cidadãos livres e iguais, ainda que profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais (razoáveis, embora incompatíveis).

E como fazer isso? Limitando-se a construir uma **concepção política de justiça**, descartando visões metafísicas e crenças particulares. Os arrimos devem ser os valores políticos mais ou menos comuns a todos, visões suficientemente compartilhadas entre as pessoas – embora a democracia (e o conseqüente pluralismo) tenha turvado um tanto as noções do senso comum, ainda é possível discernir princípios básicos escondidos em meio à pluralidade recôndita e variada.

Rawls reconhece que o **princípio da igualdade**, em sua vertente pura, é mais palatável à sociedade em geral (mais facilmente aceito). Assim, sua previsão (e de suas decorrências imediatas) pode constar do próprio texto constitucional. O **princípio da diferença**, por outro lado, encaixa melhor no âmbito da **legislação ordinária**, uma vez que requer um processo gradual de adesão e aceitação, de maneira que seja assimilado em prol de uma maior igualdade social – de início, tende a confrontar com as doutrinas abrangentes e encontrar alguma (ou mesmo forte) resistência.

Princípio da IGUALDADE	Princípio da DIFERENÇA
+ defesa e positivação em nível constitucional, pois é resultado de um consenso mais direto (é algo mais lógico para todos).	+ concretização pelo legislador , pois requer um processo gradual de adesão e aceitação – inicialmente tende a confrontar com as doutrinas abrangentes (aos poucos é assimilado em prol de uma maior igualdade social).

²⁸ **Doutrinas abrangentes** são aquelas que englobam os vários níveis da existência humana e, portanto, julgam-se aplicáveis a todos os aspectos da vida social.

²⁹ As doutrinas abrangentes são **razoáveis** quando não rejeitam os elementos essenciais de uma sociedade democrática constitucional, o que exclui, por exemplo, visões políticas autocráticas e ditatoriais.

Talvez você ainda esteja um tanto em dúvida sobre como funcionária esse consenso sobreposto, não é?

A maneira de realizar a pretendida harmonização social (e delimitar o ponto de convergência entre as doutrinas) é divisar as razões públicas das privadas.

A **razão pública** é guiada pela razoabilidade (senso social de justiça) e deve prevalecer quando os cidadãos atuam na argumentação política, em situações nas quais elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em jogo. Para a boa convivência gregária, essa noção deve substituir (ao menos no fórum público) as doutrinas abrangentes.

E para descobrir quais elementos compõem essa razão pública? Falaremos mais disso adiante, mas já é possível adiantar que, sempre que necessário, cidadãos (eleitores), governantes, legisladores e magistrados devem *retornar à posição inicial* e refletir sobre qual concepção de justiça, ou que variante dessa concepção, concebe os meios mais adequados para a realização da liberdade e da igualdade no caso concreto – a ideia da posição original serve como um meio de reflexão e auto-esclarecimento público.

Já a **razão privada** (não pública) é dirigida pela racionalidade (concepções particulares) e pode ser cultivada não só pelo indivíduo como por associações (organizações religiosas, sociedades científicas e outros grupos profissionais), que defendem interesses não generalizados (são interiormente públicas, mas não públicas para o restante da sociedade).

É nesse campo que se define um plano de vida (pessoal ou do grupo), sendo de rigor que se procure a adequação particular ao modelo público (nele não encontre vedação nem lhe cause embaraço) – a busca pela felicidade individual deve observar as restrições de compatibilidade com a vida em sociedade (a felicidade de um deve ser compatível com a dos outros).

RACIONALIDADE	RAZOABILIDADE
+ concepção particular = o indivíduo ou grupo busca realizar o seu projeto de vida.	+ senso de justiça = respeito pela perspectiva do outro, permitindo a cooperação social.

O mecanismo de harmonização, então, perpassa a **dimensão intersubjetiva** da razão pública (noção de **reciprocidade**), segundo a qual nossas manifestações públicas (políticas) são adequadas quando acreditamos sinceramente que as razões que oferecemos são suficientes e que outros cidadãos também poderiam razoavelmente as adotar. É como se retornássemos ao barco (posição inicial e véu da ignorância) e nos perguntássemos: *se eu fosse o outro, eu aceitaria esse princípio como regente da sociedade?*



Quando os princípios de justiça propostos são aceitos pelos participantes com a condição de que sejam admitidos por todos, a justiça política chega ao ponto de razoabilidade.

Por fim, o Judiciário exerce papel importante, neste aspecto, ao não admitir julgamentos baseados na razão privada (não pública) – os juízes NÃO podem invocar moralidades particulares como fundamento de suas decisões. Ao aplicar a razão pública, o tribunal evita que a lei seja corroída pelas maiorias transitórias ou por interesses organizados e bem posicionados.

Está em discussão no STF (ADPF nº 442) a permissão ao aborto até a 12ª semana de gestação. A matéria volte e meia é objeto de debates no Congresso Nacional, mas as tentativas de liberação sempre esbarram na “bancada religiosa”. Inconformado com a “omissão” do Legislativo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSol) resolveu ajuizar a contenda para fazer prevalecer sua visão de mundo. Mas, nesse caso, estão sendo apresentadas razões públicas adequadas (campo consensual de harmonização guiado pela reciprocidade e pelo consenso sobreposto) ou estamos somente no campo das doutrinas abrangentes (para um lado ou para outro)? Diga-me você! O assunto é espinhoso kkkkk.

A teoria de Rawls é, certamente, uma das mais ambiciosas, comparando-se à de Aristóteles (procura oferecer um modelo completo de justiça, abordando todos os seus aspectos). Uma crítica final é que, ao desconsiderar qualquer espécie de mérito (relegando essas questões à loteria natural e social), acaba por esnobar a organização familiar. Ao cabo, retornamos mesmo à proposta aristotélica de sequestrar as crianças e colocá-las em Comunas especiais, agora não para assegurar reis-filósofos, mas sim **igualdade** (escolas de igualização)³⁰.

O princípio rawlseniano da diferença parece tomar a sociedade de forma estática, fotografando-a em um momento e considerando inaceitável que as pessoas estejam em diferentes “pontos de partida” (que poderiam ser alterados com maior responsabilização dos pais). Só que, como adverte Eugenio Raúl Zaffaroni, não se pode outorgar passagem às forças estatais a partir de uma visão estática do poder (de fotografia). O retrato não é uma imagem falsa, mas configura mera captação de um momento inerte da realidade, não refletindo sua dinâmica. Acaso se tivesse à mão uma filmadora, ver-se-ia que a imagem se move permanentemente, que nunca para.

³⁰ Essa ideia parece absurda demais para você? Zlata Lilina, educadora soviética da década de 1920 propôs textualmente tirar todas as crianças dos seus pais e interná-las em escolas públicas, evitando que fossem amadas por seus pais. O amor, entendia ela, evitasse o aparecimento do homem comunista – a criança era mimada, cercada de cuidados individuais e encorajada a se ver como centro do universo.

1.1.1 Considerações Finais

E é isso, meus amigos e amigas!

Ralws é um dos autores mais influentes da atualidade. Sua teoria, saibamos ou não, encontra-se espalhada pelas nossas instituições. Às vezes, fazemos uso dela sem nem sabermos. Agora, se ela cair em prova (e espero mesmo que caia), vocês podem manejar a caneta sem medo!

Qualquer dúvida, só entrar em contato. Fico à disposição!

Aguardo vocês na próxima rodada.



QUESTÕES OBJETIVAS COMENTADAS

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Com relação às dimensões da reserva do possível, podemos afirmar:

- a) A possibilidade fática é a existência de previsão orçamentária, dentro da respectiva esfera de competência do ente.
- b) A possibilidade jurídica assenta-se em não exigir do Estado a prestação pretendida.
- c) A razoabilidade da exigência questiona a disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional.
- d) A proporcionalidade da prestação vincula-se à exigência de proporção percentual entre o custo da prestação pretendida e o orçamento da área para o respectivo ano.
- e) Se for o caso, cabe ao Estado demonstrar, de forma clara e precisa, que a prestação, uma vez universalizada, não teria como ser atendida.

Comentários:

Conforme Ingo Sarlet:

A **possibilidade fática** é a disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional (ônus da prova do Estado).

A **possibilidade jurídica** indica que os gastos a serem feitos devem estar previstas em lei (no orçamento) e definidas as competências (por vezes o município não tem como atender todas as pretensões, mas no âmbito da União haveria orçamento suficiente para atender àquelas despesas).

A **razoabilidade da exigência** e a **proporcionalidade da prestação** vinculam-se à razoabilidade ou não de se exigir do Estado a prestação e em que medida deve ela ser exigida.

Como base nisso, conseguimos eliminar as **Alternativas A, B e C**, que estão com conceitos trocados (embaralhados).

Quanto à alternativa C, nada a ver!!! Não há essa exigência de proporção percentual. É claro que não é legal que se gaste 90% do orçamento com apenas um tratamento, mas também não é isso que, isoladamente, define a proporcionalidade da prestação pretendida.



Por fim, em qualquer caso, sendo o caso e se for o caso, é **ônus do Estado** demonstrar de forma clara que se a prestação for universalizada não poderá ser atendida. Esse é o exato teor da **assertiva E**, que é a correta e gabarito da questão!

2. Segundo a jurisprudência do STF e do STJ, no que se refere à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário:

- a) Podem ser implementadas, mesmo em se tratando de direito de natureza eminentemente infraconstitucional.
- b) Podem ser implementadas, prescindindo da existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais
- c) Podem ser implementadas, ainda que a omissão ou prestação deficiente por parte da Administração seja justificável no caso, em se tratando de direitos fundamentais.
- d) A alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que determine custos à Administração Pública.
- e) Não cabe ao Poder Judiciário determinar medidas à Administração Pública em matéria de políticas públicas o que configuraria violação do princípio da separação de poderes.

Comentários:

Para fins de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o STF traça alguns requisitos: (a) natureza constitucional da política pública reclamada; (b) existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; (c) omissão ou prestação deficiente injustificável por parte da Administração (STF, ADPF 45). Só por aí, eliminamos as assertivas A, B e C, que tratam a matéria de forma diversa.

Alternativa A: tem de ser direito de natureza eminentemente **constitucional**.

Alternativa B: prescindindo? Não!! NÃO prescindindo (dependendo) da existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais.

Alternativa C: mesmo em se tratando de direitos fundamentais, se a omissão da Administração for justificável no caso concreto (ex: força maior), o Judiciário deve se segurar na cadeira (algemar a mão com a caneta nervosa).

Quanto à **Assertiva E**, está de brincadeira, não é? kkkk Segundo o STF, o Poder Judiciário, em situações excepcionais (sejamos sinceros: nem tão excepcionais assim, para não dizer que o negócio é ordinário mesmo), pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes (RE 440.028/SP).



Resta-nos a **Assertiva D**, que está correta e é o gabarito da questão. Realmente, por exemplo, constatando-se irregularidades em cadeia pública, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (STJ, REsp 1.389.952/MT).

3. O desenvolvimento jusfilosófico apresenta três concepções principais. Quanto a elas assinale a alternativa correta.

- a) Segundo entende o não-positivismo inclusivo, apenas quando o direito for intoleravelmente injusto é que perderá a validade jurídica.
- b) No positivismo, há uma dualidade entre direito positivo (humano) e direito natural (divino ou racional).
- c) positivismo inclusivo exclui qualquer possibilidade de se incorporar argumentos morais ao direito. Ao passo que o positivismo exclusivo admite a incorporação de argumentos morais de forma contingente.
- d) Pela tese fraca do pós-positivismo, os defeitos morais sempre devem ter como efeito a perda da validade jurídica.
- e) Os positivistas rechaçam a insularidade da ciência jurídica.

Comentários:

A **Assertiva A** abre alas com a alternativa CORRETA. Quando o direito for extremamente injusto (intolerável) ele perde a sua validade jurídica. O direito absurdamente injusto não é direito! É isso que prega o não-positivismo inclusivo.

A **Assertiva B** está furada. Segundo Hans Kelsen, um dos principais nomes (talvez o maior) do positivismo, caso existisse mesmo uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria direito positivo e sequer o Estado, pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes. A tese de que realmente existe uma ordem natural, absolutamente boa, mas não inteligível (não pode ser definida com clareza) é, em si mesma, uma contradição. Trata-se, na verdade, de uma paráfrase eufemística para o doloroso fato de que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana. É a doutrina do direito natural (jusnaturalismo) que se caracteriza por um dualismo fundamental: acima do imperfeito direito positivo existe um perfeito direito natural. A semelhança com o dualismo metafísico platônico.



A **Assertiva C** está invertida: o positivismo **exclusivo** é que exclui qualquer possibilidade de se incorporar argumentos morais ao direito. O positivismo **inclusivo**, por sua vez, admite a incorporação de argumentos morais de forma contingente (não necessária).

A **Assertiva D** traz o conceito da tese forte do pós-positivismo, segundo a qual os defeitos morais sempre devem ter como efeito a perda da validade jurídica – o direito injusto não é válido, de maneira que prevalecem os argumentos morais (jusnaturalismo ou não-positivismo exclusivo).

A **Assertiva E** está de brincadeira! É justamente isso que defendem os positivistas: a insularidade da ciência jurídica em relação às demais ciências, em especial a ética e a política (princípio da autonomia). **NÃO** interessa se o direito é justo (*dura lex sede lex*). O positivismo jurídico posiciona a norma como objeto único da ciência jurídica.

4. O neoconstitucionalismo é o modelo de organização jurídico-política adotado no constitucionalismo contemporâneo. Em suas linhas, o movimento constitucional ganha as seguintes características, EXCETO:

- a) Força normativa da constituição.
- b) Rematerialização das constituições.
- c) Constituições concisas.
- d) Superioridade da constituição.
- e) Constitucionalização do direito.

Comentários:

A **Assertiva A** está OK. Ainda que muitas vezes a constituição escrita acabe sucumbindo diante da realidade, isso não afasta o fato de que possui uma força normativa capaz de condicionar a própria realidade. Temos aqui a teoria de Konhad Hesse.

A **Assertiva B** também traz uma característica do neoconstitucionalismo. A partir da consagração dignidade da pessoa humana como núcleo das constituições, os direitos fundamentais, cujo âmbito se amplia dia após dia (extenso rol em constituições prolixas), passam a ditar as escolhas políticas e diretrizes do Estado.

A **Assertiva C** está **ERRADA** e, portanto, é o nosso gabarito. A Constituição sucinta é aquela que não desce às minúcias, preocupando-se apenas com as questões fundamentais (ex: Constituição Americana de 1787).

Só que com o neoconstitucionalismo, os textos constitucionais passaram a ser extensos ou expansivos, procurando regular situações que poderiam ser tratadas por normas infraconstitucionais (constituições totais) e ainda trazendo catálogos extensos de direitos,



diretrizes vinculantes e obrigatórias para o Estado. Alguns autores falam em “morte” das normas programáticas (todas as normas seriam vinculantes e exigiriam cumprimento imediato).

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, “rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, chama de constituição de garantia” (Alexandre de Moraes).

Sim senhor (e senhora) quanto à **assertiva D!** Hoje a Constituição é a principal norma do ordenamento jurídico, ápice da pirâmide normativa. A Constituição possui **supremacia formal**, relacionada à rigidez constitucional, característica exclusiva das Constituições cujo processo de elaboração é mais dificultoso que o das leis infraconstitucionais. E ainda **supremacia material**, relacionada ao conteúdo – as normas constitucionais tratam de assuntos considerados essenciais: direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes.

Por fim, temos a **assertiva E**, que nada mais faz do que nos falar a verdade! Deveras, com a centralidade da constituição, o texto magno passa a ser o centro do ordenamento jurídico, trazendo consigo os direitos fundamentais. Esse movimento desencadeia a **constitucionalização do direito**, com os mais variados ramos, inclusive os privados (ex: Direito Civil) sendo inundados (e conformados) pelo direito público constitucional.

5. Quanto aos filósofos cujas teorias têm franca importância para o direito contemporâneo, marque a alternativa CORRETA:

- a) Para Robert Alexy, a justiça é um julgamento subjetivo de valor, uma tendência ideológica de dar aparência de justiça ao direito positivo.
- b) Para Gustav Radbruch, o direito injusto não é direito.
- c) Em sua obra, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, Ronald Dworkin assevera que o problema do direito em viés científico é de técnica social, não moral.
- d) Para Hans Kelsen, justiça significa legalidade.
- e) Para Hans Kelsen, a legalidade estrita pode ser afastada quando se antepuser à justiça.

Comentários:

A **Assertiva A** está equivocada! Para **Robert Alexy**, os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção (de serem justos) não são sistemas jurídicos. A legitimidade das emanações estatais baseia-se na **crença de que são corretas (justas)** ou, pelo menos, buscam atingir a Justiça. Quem disse que a justiça é um julgamento subjetivo de valor foi **Hans Kelsen** (claro), para quem, certamente, há uma tendência ideológica de dar aparência de justiça ao direito positivo, precisamente na busca de justificar uma dada ordem social. Só que essa tendência é política, não científica!



A **Assertiva B** quer fazer você escorregar em casca de banana. **Gustav Radbruch** realmente tece uma dura crítica ao positivismo jurídico. Mas ele entende que, a rigor, mesmo as normas injustas devem manter seu caráter jurídico (impondo obediência), em vista de um valor fundamental: segurança jurídica. Contudo, em casos extremos, de norma **insuportavelmente** injusta, a juridicidade se esvairá, conclamando a população à desobediência. Assim, apenas o direito **extremamente** injusto perde a qualidade jurídica. Cuidado com isso: em prova deve constar algum superlativo, alguém adjetivo ou advérbio qualificando a ideia de que o direito positivo é **ABSOLUTAMENTE** injusto. Só nessa situação é que ele deve ser afastado.

A **Assertiva C** zoou geral. O autor de "Cinco Minutos de Filosofia do Direito" é **Gustav Radbruch**. **Ronald Dworkin** escreveu "*Levando os direitos a sério*" (1977), uma das mais importantes do cenário jurídico atual. Quem assevera que o problema do direito em viés científico é de técnica social, não moral, é o senhor positivista, **Hans Kelsen**. Para Dworkin, o direito deve ser visto como um instrumento de justiça (condição de bem-estar dos indivíduos), cuja fonte é social e de natureza argumentativa – está enraizado em preceitos morais.

BINGO!!! A **assertiva D** mata nossa questão!

Para Hans Kelsen, Libertar o conceito de Direito da ideia de justiça é difícil porque ambos são constantemente fundidos pelo pensamento político (não científico). Há uma tendência ideológica de dar aparência de justiça ao direito positivo, precisamente na busca de justificar uma dada ordem social. Só que essa tendência é **política**, não científica.

O esforço de lidar com o direito e a justiça como dois problemas **distintos** leva à suspeita de se estar repudiando inteiramente a exigência de que o direito positivo deva ser justo (exigência evidente por si mesma). Acontece que uma teoria pura do direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, **NÃO se opõe, de modo algum, a essa exigência**.

Uma teoria pura do direito (uma ciência) não pode responder essas perguntas porque elas simplesmente **NÃO** podem ser respondidas cientificamente 🤔. O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo **satisfatório a todos**, ou seja, que **todos os homens encontram nela a sua felicidade**. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. A justiça é a felicidade social.

Fica óbvio que não pode existir nenhuma ordem "justa", uma vez que é impossível proporcionar felicidade a todos, afinal, é previsível que a felicidade de um indivíduo, em algum tempo, irá entrar em conflito com a de outro.

Propõem-se então uma mudança de significado do conceito de justiça, a qual caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos



de valor e de estabelecê-la no terreno seguro de uma **ordem jurídica determinada**. Nesse sentido, JUSTIÇA significa LEGALIDADE!

Logo, é **justo** que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, deva ser ela aplicada. É injusto que essa mesma regra seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar – e isso parece injusto sem levar em conta o valor (conteúdo) da regra geral em si. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação.

A justiça, destarte, é compatível com (e necessária a) qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. **Justiça significa a manutenção de uma ordem positiva por meio de sua aplicação escrupulosa**. Trata-se de justiça sob o Direito.

Por último, a **Assertiva E** tenta nos derrubar (um último suspiro da questão moribunda, já resolvida na assertiva D). Quem falava que “a legalidade estrita pode ser afastada quando se antepuser à justiça” era Ronald Myles Dworkin. Como acabamos de ver, Hans Kelsen não admitia que os juristas ficassem às voltas com análises subjetivas do ordenamento jurídico.

Considerações Finais

E tenho dito!

Com o tema elaborado na rodada e mais as questões, você ficará fera nesses assuntos!

Mantenham-se firmes!

DIREITO ADMINISTRATIVO

6. Sobre as licitações e sua disciplina pela Lei 8.666/1993, analise as seguintes afirmações:

- (i) são objetivos da licitação garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento das regiões menos desenvolvidas do território brasileiro.
- (ii) o princípio da isonomia não impede a previsão de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.
- (iii) a alteração das normas e condições previstas no edital somente podem ser alteradas mediante concordância de todos os membros da comissão de licitação.

Com base nessas afirmações, responda:



- a) todas as alternativas estão incorretas.
- b) estão corretas apenas as alternativas "i" e "ii".
- c) apenas a alternativa "ii" está correta.
- d) estão corretas as alternativas "ii" e "iii".
- e) todas as alternativas estão corretas.

Comentários:

A alternativa "i" está incorreta, pois não corresponde à letra do artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, o qual não prevê o desenvolvimento das regiões menos desenvolvidas do território brasileiro como objetivo das licitações.

A alternativa "ii" está correta. Com efeito, o princípio da isonomia impede a criação de privilégios no certame licitatório que não se fundamente em critérios razoáveis. A preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras está expressamente prevista no artigo 3º, § 5º, da Lei 8.666/1993.

A alternativa "iii" está incorreta. A administração não pode modificar as condições previstas no edital e a elas encontra-se estritamente vinculada, nos termos do artigo 41 da Lei 8.666/1993.

Gabarito: letra C.

7. É incorreto afirmar acerca do princípio da isonomia aplicável às licitações:

- a) O princípio tem assento constitucional e impede a existência de desigualdades fortuitas ou injustificadas entre os licitantes.
- b) Sua observância é prevista expressamente na Lei 8.666/1993 como um dos objetivos da licitação.
- c) Sua aplicação não impede a inclusão dentre as regras da licitação de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, desde que pertinentes ou relevantes para o específico objeto do contrato.
- d) Sua aplicação não impede a inclusão dentre as regras da licitação de cláusulas ou condições que deem preferência a bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.
- e) Sua aplicação não impede a inclusão dentre as regras da licitação de cláusulas ou condições que deem preferência a bens, serviços e obras que sejam produzidos no próprio município ou estado em que a licitação é realizada.

Comentários:



A **alternativa "a"** está correta, uma vez que o melhor entendimento do princípio da isonomia aponta que a existência de tratamento desigual é possível unicamente quando haja fundamento razoável e válido para a desequiparação.

A **alternativa "b"** está correta, uma vez que o artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, aponta a garantia da observância do princípio da isonomia como objetivo da licitação.

A **alternativa "c"** está correta, diante da interpretação *contrario sensu* do artigo 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993, o qual veda a cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

A **alternativa "d"** está correta. Alguns autores atualmente referem-se ao princípio da licitação sustentável, o qual autorizaria a previsão de critérios discriminatórios em benefício de licitantes que atendam às normas ambientais e às exigências do desenvolvimento sustentável. A preferência a bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis é expressamente prevista no artigo 7º, XI, da Lei 12.305/2010.

A **alternativa "e"** está incorreta. Inexiste previsão legal que autorize qualquer privilégio aos bens e serviços produzidos no próprio local em que realizada a licitação. Ademais, o artigo 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993 expressamente veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

8. Assinale a alternativa incorreta no que se refere às licitações:

- a) Tem por um dos objetivos concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.
- b) Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação.
- c) Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.
- d) É garantida a publicidade dos atos praticados pela administração pública durante o procedimento licitatório, mas o acompanhamento do desenvolvimento do procedimento por qualquer cidadão depende de demonstração de interesse específico e de autorização da autoridade competente.
- e) O princípio da adjudicação compulsória não obriga o ente público a contratar imediatamente o vencedor do certame.

Comentários:



A **alternativa "a"** está correta, uma vez que o artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, aponta a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como objetivo da licitação.

A **alternativa "b"** está correta e repete a dicção do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

A **alternativa "c"** está correta, repetindo a dicção do artigo 42, § 1º, da Lei 8.666/1993.

A **alternativa "d"** está incorreta. O artigo 4º, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que qualquer cidadão pode acompanhar o desenvolvimento da licitação, independentemente de autorização prévia, mas desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

A **alternativa "e"** está correta. O princípio da adjudicação compulsória impede a contratação de terceiro enquanto válida a adjudicação ou, por outro lado, o adiamento indefinido da contratação ou a revogação do procedimento sem justa causa. Não garante, no entanto, a imediata contratação do vencedor.

9. Segundo o que dispõe, expressamente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na hipótese de expedição de uma licença sobre a qual exista incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, havendo a necessidade de eliminar esse problema, a autoridade administrativa poderá, atendidas as disposições legais (TJ/AC-2019-Vunesp):

- a) celebrar compromisso com os interessados.
- b) recomendar alteração legislativa antes da decisão.
- c) ingressar com ação declaratória no Poder Judiciário.
- d) contratar parecer de escritório de advocacia especializado.

Comentários:

A questão envolve a redação do artigo 26 da LINDB, cuja redação é a seguinte: "Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial".

Gabarito: letra A.

10. Em conformidade com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (L.I.N.D.B.), na redação dada pela Lei no 13.655/2018 (TJ/RJ-2019-Vunesp):



- a) em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, inclusive os de organização interna, deverá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.
- b) a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.
- c) admite-se a celebração de compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados, com vistas à eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive envolvendo transação quanto a sanções e créditos ou estabelecendo regimes de transição.
- d) para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público, é possível requerer autorização judicial para celebração de compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados para eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.
- e) quando necessário por razões de segurança jurídica ou de interesse geral, o ente interessado proporá ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes.

Comentários:

A **alternativa "a"** está incorreta, uma vez que o artigo 29 da LINDB dispõe que "em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, **poderá** ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão".

A **alternativa "b"** está correta e repete a dicção do artigo 27, *caput*, da LINDB.

A **alternativa "c"** está incorreta, uma vez que o artigo 26, § 1º, III, da LINDB, prevê que o compromisso não poderá conferir desoneração permanente de dever, de forma que eventuais sanções aplicadas ou créditos não podem ser objeto de transação.

A **alternativa "d"** está incorreta. Inexiste previsão na LINDB acerca de autorização judicial para a celebração de compromissos.

A **alternativa "e"** está incorreta. Inexiste previsão na LINDB de propositura de ação declaratória de validade de ato pelo ente público. Ademais, os atos administrativos detêm presunção de validade.



DIREITO PENAL

11. Considere as seguintes situações:

I - Mário não aceita o término do seu noivado com Juliana e decide matá-la. Para tanto, se esconde em um lote vago ao lado da casa da vítima para executar o crime durante a noite, quando esta retorna do trabalho. Contudo, em razão da ausência de iluminação, Mário acaba matando Carla, vizinha de Juliana, por acreditar que ela seria a vítima pretendida;

II - Gabriela atira em direção a Maria, com intenção de ceifar sua vida. Todavia, por erro de pontaria, acaba acertando João, vindo este a óbito;

III - Joaquim pretende danificar o carro de Thales, atirando uma pedra em direção ao vidro lateral. A pedra, então, atravessa o vidro do carro e atinge Thales, causando-lhe lesão corporal.

Com base nas hipóteses supracitadas, assinale a alternativa correta:

a) No caso descrito na hipótese II, Gabriela incorreu em erro sobre a pessoa, devendo ser responsabilizado pelo homicídio de João, mas com observância das circunstâncias pessoais concernentes a Maria.

b) O caso III trata-se da hipótese de aberratio criminis, respondendo o agente pelo dano e pela lesão corporal na modalidade culposa, em concurso formal.

c) A hipótese descrita no caso II consiste em erro na execução ou aberratio criminis, razão pela qual o agente responde pelo homicídio de João e pela tentativa de homicídio contra Maria.

d) O caso I demonstra um exemplo de resultado diverso do pretendido (aberratio ictus), respondendo Mário pelo homicídio de Carla na modalidade culposa.

Comentários

Na situação descrita na **hipótese I**, verifica-se o equívoco de Mário quanto à identificação da vítima, incorrendo em erro sobre a pessoa. Desta forma, responderá pelo homicídio de Carla, mas considerando-se as circunstâncias pessoais de Juliana, conforme descrito no art. 20, § 3º, do Código Penal.

Já no **caso II**, nota-se a consciência da agente quanto à identificação da vítima, sendo que o erro ocorreu no momento da execução do crime, tratando-se de erro na execução (aberratio ictus), previsto no art. 73 do Código Penal, aplicando-se ao caso a mesma consequência do erro sobre a pessoa, haja vista que o erro gerou resultado único.



Por fim, na **hipótese III**, ocorreu resultado diverso do pretendido ou aberratio criminis (art. 74 do Código Penal). Considerando que o resultado pretendido também foi atingido, o agente responde pelo dano e pela lesão culposa, em concurso formal de crimes.

Gabarito: B

12. Para seja reconhecida a culpabilidade do agente, é essencial a demonstração da sua imputabilidade. Nesse sentido, assinale a alternativa correta acerca dos critérios de averiguação de imputabilidade.

- a) O Código Penal Brasileiro adota o critério psicológico, devendo restar demonstrada a efetiva capacidade do agente de compreender a ilicitude do fato para que seja reconhecida a imputabilidade.
- b) O critério biopsicológico é integralmente adotado pelo Código Penal, sendo necessária a demonstração apenas de causa prevista em lei para a inimputabilidade do agente.
- c) O critério biopsicológico é integralmente adotado pelo Código Penal, sendo necessária em qualquer hipótese a demonstração cumulativa de causa prevista em lei e a incapacidade efetiva de compreensão da ilicitude do fato.
- d) No que se refere ao desenvolvimento mental incompleto por menoridade, o Código Penal adota o critério biológico, sendo desnecessária a demonstração de incapacidade de compreensão da ilicitude do fato quando o agente for menor de 18 (dezoito) anos.

Comentários

Em relação à averiguação de inimputabilidade do agente, há presença de dois critérios no Código Penal. Quanto a menoridade, é adotado o critério biológico, presumindo-se inimputável o indivíduo menor de 18 (dezoito) anos, independentemente de análise quanto a sua capacidade de compreensão da antijuridicidade da conduta.

No que se refere às demais hipóteses, o Código Penal pressupõe a ocorrência de causa prevista em lei (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado) e efetiva ausência de entendimento quanto à ilicitude, adotando o critério biopsicológico.

Gabarito: D

13. Considere as seguintes afirmativas e assinale a alternativa correta:

- I - Em relação aos elementos da culpabilidade, o Código Penal Brasileiro adota a teoria normativa pura (ou finalista) extremada;

PORQUE



II - Existe uma distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição, bem como suas consequências jurídicas.

Assinale a alternativa correta:

- a) Ambas as afirmativas estão corretas e a segunda justifica a primeira.
- b) Ambas as afirmativas estão corretas e a segunda não justifica a primeira.
- c) Ambas as afirmativas estão incorretas.
- d) Apenas uma afirmativa está correta.

Comentários

No concernente aos elementos constitutivos da culpabilidade, o Código Penal adota a teoria normativa pura (ou finalista), estabelecendo como requisitos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; exigibilidade de conduta diversa.

Decorrentes da teoria finalista, surgiram duas teorias acerca do erro de proibição. A teoria extremada sugere que qualquer erro sobre as circunstâncias fáticas ou sobre a ilicitude do fato constitui erro de proibição, excluindo a culpabilidade.

Já a teoria limitada estabelece uma distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição, sendo o primeiro um equívoco sobre fato elementar do tipo, excluindo a tipicidade, e o segundo erro sobre a antijuridicidade da conduta, excluindo a culpabilidade.

Pela análise do art. 20 e seu § 1º do Código Penal, verifica-se uma clara distinção entre erro de tipo e erro de proibição (conforme afirmativa II) e, conseqüentemente, a adoção da teoria limitada (ao contrário da afirmativa I).

Gabarito: D

14. Alice passava por um local conhecido pela alta taxa de criminalidade em sua cidade, durante a noite, momento em que avistou uma pessoa vindo em sua direção, portando o que ela acreditou ser uma arma de fogo. Para se livrar do iminente ataque, atira uma pedra em direção ao agressor e corre. Contudo, a pessoa que Alice acreditava ser o agressor era Paulo, que segurava uma furadeira e se aproximou de Alice apenas para perguntar onde era o ponto de ônibus mais próximo. Em decorrência da conduta de Alice, Paulo sofreu lesão corporal grave.

Com base na situação narrada, assinale a alternativa correta.



- a) Alice agiu em erro de proibição indireto, circunstância que exclui a culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude, de forma que a conduta praticada por ela não constitui crime.
- b) Alice agiu em erro de proibição indireto, circunstância que exclui a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, de forma que a conduta praticada por ela não constitui crime.
- c) Alice agiu em erro de proibição direto, circunstância que exclui a culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude, de forma que a conduta praticada por ela não constitui crime.
- d) Alice agiu em erro de tipo, haja vista o equívoco sobre as circunstâncias fáticas que a levaram a lesionar Paulo, excluindo-se a tipicidade da sua conduta.

Comentários

Para responder corretamente a presente questão, é imprescindível o conhecimento da distinção entre erro de tipo e erro de proibição direto e indireto.

O erro de tipo ocorre quando o agente se equivoca acerca de uma situação fática que constitui o tipo penal. No caso, Alice tinha plena consciência de que atirar uma pedra em direção a Paulo ofenderia sua integridade física, de forma que o instituto do erro de tipo não se encaixa a hipótese.

O erro de proibição direito é verificado quando o agente, pelas circunstâncias atuais, não pode concluir pela ilicitude da conduta. A hipótese narrada não demonstra que Alice se encontraria em situação que a levasse a crer pela ausência de ilicitude da sua conduta.

Já o erro de proibição indireto se configura quando o agente possui consciência dos elementos constitutivos do tipo penal, assim como da ilicitude da conduta, mas se equivoca quanto a existência de circunstância que afastaria esta ilicitude. Alice, ao acreditar que agiu em legítima defesa, incorreu na hipótese de erro de proibição indireto, que desconstitui a culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude.

Gabarito: A

15. Considere as seguintes situações:

I - Marcela trabalha em uma loja de roupas femininas e, ao obedecer uma ordem da sua chefe Kátia, acaba cometendo o crime de apropriação indébita.

II - Matheus assalta uma joalheria, fazendo os clientes e funcionários de reféns. Para amedrontá-los, diz que Carlos, que se encontra a uma distância considerável, porém visível para as vítimas, é seu cúmplice e repreenderá qualquer um que resistir ao assalto. Entretanto, Carlos é apenas mais um refém de Matheus, que foi imobilizado por ele e colocado em uma posição que levasse a crer que seria cúmplice do ato.



III - Lucas ameaça Ana, dizendo que mataria sua família se ela não o auxiliasse em um assalto. Amedrontada, Ana cede e participa do crime. Com base nas hipóteses supracitadas, assinale a alternativa correta:

Com base nas hipóteses supracitadas, assinale a alternativa correta.

- a) A hipótese I é um exemplo clássico de obediência hierárquica, excluindo a culpabilidade de Marcela.
- b) Apesar de constituir um exemplo de coação, o caso II não é uma excludente de culpabilidade.
- c) O caso III trata-se de uma excludente de culpabilidade por legítima defesa.
- d) Na hipótese I, Marcela agiu em erro de proibição direto, não havendo se falar em culpabilidade.

Comentários

Na situação descrita na **hipótese I**, não há se falar em obediência hierárquica, haja vista que Marcela e Kátia não possuíam uma relação de hierarquia decorrente de uma relação de direito público, mas sim de subordinação.

O **caso II** narra uma hipótese de coação irresistível. Contudo, tendo em vista que a coação teve caráter físico, tal circunstância exclui a tipicidade, e não a culpabilidade.

Já na **hipótese III**, Ana agiu sob coação moral irresistível, excluindo-se sua culpabilidade.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

16. Considerando as atuais disposições do Código de Processo Penal acerca do inquérito policial, assinale a alternativa correta:

- a) Caso a vítima se insurja, tempestivamente, contra o arquivamento do inquérito policial, os autos serão remetidos ao juiz singular para decisão definitiva sobre a matéria.
- b) Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial sempre poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, tendo em vista a busca pela verdade real.
- c) Uma das diligências a serem tomadas pela autoridade policial quando da tomada de conhecimento da prática de crime é a colheita de informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.
- d) Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o Ministério Público, titular de eventual ação penal pública.



e) A autoridade policial pode determinar, de ofício, a instauração de inquérito policial a respeito de crimes de ação penal pública condicionada, porquanto o implemento da representação nessas espécies de crime apenas concerne à fase judicial da persecução penal - não à fase investigativa.

Comentários

A **alternativa A está** errada. Conforme a nova redação do art. 28 do CPP, a vítima tem o prazo de 30 (trinta) dias da comunicação do arquivamento do inquérito policial para se insurgir e submeter a matéria para apreciação e revisão pela instância competente do Ministério Público, nos termos da respectiva Lei Orgânica. Com as alterações provocadas pelo Pacote Anticrime, a “palavra final” nos arquivamentos de inquéritos policiais deixou de ser do Poder Judiciário, e passou a se concentrar na estrutura interna do Ministério Público, titular da ação penal pública:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à **revisão da instância competente do órgão ministerial**, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Vale lembrar que a disposição está com a eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do STF.

A **alternativa B** está errada. Nos termos do art. 7º do CPP, a autoridade policial só poderá proceder à reprodução simulada dos fatos quando isso não contrariar a moralidade ou a ordem pública:

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, **desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública**.

A **alternativa C** está correta. Trata-se da diligência prevista no art. 6º, X do CPP, incluída pela Lei 13.257/2016:



Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

A **alternativa D** está errada. Nos termos do art. 5º, § 2º, desse despacho caberá recurso ao chefe de Polícia e não ao Ministério Público:

Art. 5º. § 2º. Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

A **alternativa E** está errada. Conforme estabelece o art. 5º, § 4º do CPP, é imprescindível que haja representação por parte da vítima ou seu representante legal para que o inquérito policial seja instaurado nos crimes de ação penal pública condicionada:

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

17. A respeito do tratamento legal conferido pelo Código de Processo Penal ao instituto do “acordo de não persecução penal”, assinale a alternativa correta:

- a) São pressupostos para o oferecimento do acordo: a prática de crime sem violência ou grave ameaça cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, e a prévia confissão formal e circunstancial da infração penal.
- b) Não representa empecilho ao oferecimento do acordo o fato de o acusado ter sido beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos pela transação penal ou suspensão condicional do processo, na medida em que são institutos que não se confundem.
- c) O acordo de não persecução penal é um ajuste direto entre o Ministério Público, titular da ação penal pública, e o acusado, assistido por seu defensor, não havendo necessidade de que se submeta os termos do acordo à homologação judicial.
- d) O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado não poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
- e) A vítima será intimada da homologação do acordo, mas não do seu descumprimento.

Comentários



A **alternativa A** está correta. O acordo de não persecução penal, como se percebe do art. 28-A do CPP, apenas poderá ser oferecido caso seja constatada a presença desses pressupostos elencados no seu *caput*:

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

A **alternativa B** está errada. Por expressa previsão legal, o investigado não fará jus ao acordo de não persecução penal se houver sido beneficiado com outro acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo nos 5 (cinco) anos anteriores ao novo crime:

Art. 28-A. §2º. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;

A **alternativa C** está errada. De fato, o acordo de não persecução penal é realizado diretamente entre o membro do Ministério Público e o investigado, assistido por seu defensor, como deixa claro o art. 28-A, § 3º do CPP:

§3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Por outro lado, posteriormente a essa formalização, e nos termos do § 4º do mesmo artigo, será o acordo submetido à apreciação judicial para homologação (ou não), em audiência a ser designada especificamente para esse fim, oportunidade na qual será avaliada a voluntariedade da aceitação pelo investigado e a legalidade dos termos do acordo. Confira os dispositivos legais pertinentes, nesse ponto:

§4º Para a **homologação** do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

A **alternativa D** está errada. Pelo contrário, o § 11 do art. 28-A do CPP expressamente prevê essa possibilidade:

§11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também **poderá** ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo

A **alternativa E** está errada. O § 9º do art. 28-A do CPP prevê que a vítima será intimada tanto da homologação do acordo quanto do seu descumprimento:

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

18. Assinale a alternativa correta quanto à disciplina dos recursos pelo Código de Processo Penal:

- a) O Ministério Público poderá desistir de recurso que haja interposto.
- b) No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.
- c) No âmbito do direito processual penal não se aplica o princípio da fungibilidade recursal.
- d) A apelação, o recurso em sentido estrito e a carta testemunhável são espécies recursais dotadas de efeito iterativo.
- e) É válida a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

Comentários



A **alternativa A** está errada. O Ministério Público não está obrigado a recorrer das decisões que lhe sejam desfavoráveis; contudo, a partir do momento que opta por interpor o recurso, não poderá dele desistir:

Art. 576. O Ministério Público **não** poderá desistir de recurso que haja interposto.

A **alternativa B** está correta. Trata-se da redação do art. 580 do CPP, que diz respeito ao denominado “efeito extensivo ou expansivo” dos recursos.

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

A **alternativa C** está errada. O princípio da fungibilidade recursal está consagrado no art. 579 do CPP, *in verbis*:

Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

A **alternativa D** está errada. O erro da assertiva reside apenas no fato de que a apelação não é recurso dotado de efeito iterativo.

O efeito *iterativo, regressivo* ou *diferido* diz respeito à possibilidade de o juiz prolator da decisão recorrida realizar um juízo de retratação após o recebimento do recurso, oportunidade em que manterá a decisão ou a reformará parcial ou totalmente. Esse efeito está presente em apenas três espécies recursais: **i) recurso em sentido estrito** - RESE (art. 589 do CPP), **ii) carta testemunhável** (art. 643 do CPP) e **iii) agravo em execução** (que possui o mesmo rito do RESE).

A alternativa E está errada. Nos termos da Súmula 160 do STF, essa decisão será nula, decorrência do princípio que veda a ‘reformatio in pejus’.

É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

19. Considerando as disposições legais e entendimentos dos tribunais superiores sobre o Tribunal do Júri, assinale a alternativa incorreta:



- a) É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa.
- b) Durante a composição do Conselho de Sentença, anteriormente ao início da instrução plenária, tanto o Ministério Público quanto a defesa podem recusar imotivadamente até 3 (três) jurados cada.
- c) É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo.
- d) É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório.
- e) Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, absolverá sumariamente o acusado.

Comentários

A **alternativa A** está correta. Trata-se do teor da Súmula 712 do STF.

A **alternativa B** está correta. Conforme estabelece o art. 468 do CPP, às partes do processo é autorizado recusar imotivadamente até 3 (três) jurados cada; em se tratando de recusas motivadas, todavia, não há limite previamente estabelecido:

Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes.

A **alternativa C** está correta. Trata-se da Súmula 260 do STF.

A **alternativa D** está correta, porquanto se refere ao enunciado da Súmula 156 do STF.

A **alternativa E** está errada. A situação retratada na assertiva refere-se à impronúncia, e não à absolvição do acusado, conforme art. 414 do CPP:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, **impronunciará** o acusado.

O acusado apenas será absolvido sumariamente, no procedimento do Tribunal do Júri, nas hipóteses do art. 415 do CPP:



Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I - provada a inexistência do fato;
- II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III - o fato não constituir infração penal;
- IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

20. Assinale a alternativa que contemple hipótese legal de interposição de recurso em sentido estrito:

- a) Sentença do Tribunal do Júri, quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou medida de segurança;
- b) Decisão de impronúncia;
- c) Decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP;
- d) Decisão que concluir pela competência do juízo;
- e) Decisão que receber a peça acusatória.

Comentários

A **alternativa A** está errada. Contra a sentença do Tribunal do Júri que contiver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou medida de segurança caberá apelação, com fundamento no art. 593, III, "c" do CPP:

Art. 593. Caberá **apelação** no prazo de 5 (cinco) dias:

- III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
 - c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança

A **alternativa B** está errada. Contra essa decisão caberá apelação, nos termos do art. 416 do CPP:



Art. 416. Contra a sentença de **impronúncia** ou de absolvição sumária caberá **apelação**

A **alternativa C** está correta. Trata-se de nova hipótese de interposição de RESE acrescida pela Lei 13.964/2019, conforme art. 581, XXV do CPP:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A **alternativa D** está errada. Caberá RESE, com fundamento no art. 581, II do CPP, contra a decisão que concluir pela **incompetência** do juízo, e não pela sua competência:

II - que concluir pela incompetência do juízo;

A **alternativa E** está errada. A decisão que recebe a denúncia ou queixa-crime não é recorrível; por outro lado, a decisão que não as recebe é atacável via recurso em sentido estrito com fundamento no art. 581, I do CPP:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

DIREITO CIVIL E LEGISLAÇÃO CIVIL ESPECIAL

21. Sobre os direitos da personalidade e à luz das disposições do Código Civil, assinale a alternativa correta:

- Os direitos da personalidade são, em regra, transmissíveis, mas irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
- Em se tratando de morto, terá legitimação para exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, o cônjuge sobrevivente ou os parentes em linha reta, apenas.
- É admitida a disposição gratuita do próprio corpo, com objetivos científicos ou altruísticos, no todo ou em parte, para depois da morte.
- Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, ainda que não haja risco de vida.
- Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, mas o pseudônimo adotado em atividades lícitas não goza de idêntica proteção.

Comentários:



A **alternativa "a"** está incorreta, pois o artigo 11 do Código Civil aponta que os direitos da personalidade são intransmissíveis, salvo casos previstos em lei.

A **alternativa "b"** está incorreta. O artigo 12, parágrafo único, do Código Civil, estende a legitimidade para requerer a proteção ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

A alternativa **"c" está correta** e repete a disposição do artigo 14 do Código Civil.

A **alternativa "d"** está incorreta à luz da redação do artigo 15 do Código Civil, que dispõe que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, **com risco de vida**, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

A **alternativa "e"** está incorreta, uma vez que o pseudônimo adotado em atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome, nos termos do artigo 19 do Código Civil.

22. Eminente político brasileiro já falecido, o qual, em vida, ocupou cargos de relevância no cenário político nacional, teve sua trajetória pessoal e política contada por meio de biografia publicada por determinada editora após o seu falecimento. Sua viúva e seus filhos entendem que os direitos da personalidade do biografado foram desrespeitados pela obra biográfica, a qual relata detalhes da vida pessoal e amorosa do biografado. Diante dessa situação hipotética e à luz das disposições legais, dos princípios constitucionais e do entendimento dos Tribunais Superiores, assinale a alternativa correta:

a) O cônjuge e os descendentes de morto ou ausente detêm legitimidade para requerer proteção aos seus direitos da personalidade, inclusive para fazer cessar atos que atinjam tais direitos do falecido. Assim, terão os interessados possibilidade de impedir a edição, a publicação ou a distribuição da obra, desde que esta não tenha sido autorizada pelo falecido, em vida, ou pelos seus herdeiros. Não terão, no entanto, direito a requerer indenização, uma vez que os direitos da personalidade são intransmissíveis.

b) O cônjuge e os descendentes de morto ou ausente detêm legitimidade para requerer proteção aos seus direitos da personalidade, inclusive para fazer cessar atos que atinjam tais direitos do falecido. Assim, terão os interessados possibilidade de impedir a edição, a publicação ou a distribuição da obra, desde que esta não tenha sido autorizada pelo falecido, em vida, ou pelos seus herdeiros. Terão, ainda, direito ao recebimento de indenização pelos danos morais sofridos.

c) O cônjuge e os descendentes de morto ou ausente detêm legitimidade para requerer proteção aos seus direitos da personalidade, inclusive para fazer cessar atos que atinjam tais direitos do falecido. No entanto, não se admite qualquer tipo de censura no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que os interessados não poderão impedir a edição, a publicação ou a



distribuição da obra. Não terão, ainda, direito a requerer indenização, uma vez que os direitos da personalidade são intransmissíveis.

d) O cônjuge e os descendentes de morto ou ausente detêm legitimidade para requerer proteção aos seus direitos da personalidade, inclusive para fazer cessar atos que atinjam tais direitos do falecido. No entanto, não se admite qualquer tipo de censura no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que os interessados não poderão impedir a edição, a publicação ou a distribuição da obra. Poderão, no entanto, requerer indenização por danos aos direitos da personalidade da pessoa falecida.

e) O cônjuge e os descendentes de morto ou ausente não detêm legitimidade para requerer proteção aos seus direitos da personalidade ou para fazer cessar atos que atinjam tais direitos do falecido.

Comentários:

A questão trata da polêmica recente havida no cenário nacional acerca da melhor interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil e da necessidade de autorização do biografado ou de seus herdeiros para a publicação de obras biográficas.

A solução deve se orientar pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, a qual foi julgada procedente, em acórdão relatado pela Ministra Carmen Lúcia, para dar interpretação conforme aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, e declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Veja a ementa do julgamento:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

(...)



2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.
3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular.
4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.
5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.
6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.
7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.
8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.
9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)“.



Nos termos da decisão do STF, não é possível aos herdeiros do biografado impedirem a edição, a publicação ou a distribuição da obra biográfica, mas é resguardado o direito de receberem indenização, nos termos expressos pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, na trilha do quanto decidido pelo STF, também já se manifestou nesse sentido:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHO RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO POR PREMATURIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. SÚMULA 7/ST.

1. Consoante se extrai do acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 4.815/DF, a dispensa de autorização prévia dos envolvidos para a publicação de biografias implica a responsabilidade a posteriori por danos comprovadamente causados. Extrai-se do voto da relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que "não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio."
2. A liberdade de expressão acarreta responsabilidade e não compreende a divulgação de falsidade e a prática de crimes contra a honra. A divulgação de episódio falso, como se verdadeiro fosse, além de ofender a honra do lesado, prejudica o interesse difuso do público consumidor de bens culturais, que busca o conhecimento e não a desinformação.
3. Publicação de livro imputando falsamente a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico. Ampla divulgação na mídia impressa, televisiva e virtual, tendo acarretado também processo criminal contra o autor perante o Supremo Tribunal Federal por crime de racismo e processo de cassação de mandato perante a Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar.
4. Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em recurso especial quando ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.

Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos.

6. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito.

7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130.

Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944).

8. Segundo o entendimento pacífico do STJ, ao juiz, como destinatário da prova, cabe indeferir as que entender impertinentes, sem que tal implique cerceamento de defesa. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Tendo sido negado processamento ao recurso de apelação interposto pela Editora, por decisão transitada em julgado, não cabe apreciar sua inconformidade de mérito em grau de recurso especial.

10. A alteração dos valores dos honorários advocatícios fixados pelo Tribunal de origem, quando não irrisórios ou excessivos, exige o reexame de fatos e provas incabível no âmbito do recurso especial.

Incidência da Súmula nº 7/STJ.

11. Recurso especial de Ronaldo Ramos Caiado parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

12. Recurso Especial de Fernando Gomes de Moraes conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

13. Recurso especial de Editora Planeta do Brasil Ltda não conhecido.



(REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016)

Gabarito: letra D.

23. Assinale a alternativa incorreta no que se refere ao direito de propriedade e sua disciplina pelo Código Civil:

- a) O proprietário tem a faculdade de usar a coisa, ou seja, de dar a ela a destinação econômica que lhe é própria.
- b) O proprietário tem a faculdade de gozar da coisa, ou seja, de extrair dela os benefícios econômicos.
- c) O proprietário tem a faculdade de dispor da coisa, ou seja, de decidir quanto ao destino a ser dado à coisa, podendo, inclusive, destruí-la.
- d) O proprietário tem o direito de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, por meio da tutela possessória ou por sua própria força, desde que o faça no prazo de menos de ano e dia.
- e) Todas as respostas acima estão corretas.

Comentários:

As alternativas "a", "b" e "c" estão corretas, pois descrevem sucintamente as faculdades do proprietário previstas no artigo 1.228 do Código Civil.

A alternativa "d" está incorreta. O chamado "desforço imediato" somente é admitido se realizado imediatamente pelo possuidor turbado ou esbulhado, nos termos do artigo 1.210, § 1º, do Código Civil. O prazo de "ano e dia" é previsto no artigo 558 do Código de Processo Civil e diz respeito unicamente ao procedimento a ser adotado no processo que tenha como objeto a manutenção ou a reintegração de posse.

Gabarito: letra D.

24. Sobre a função social da propriedade, assinale a alternativa correta:

- a) A função social da propriedade está prevista no texto constitucional, mas não há normas no Código Civil que a concretizem.
- b) Integra o conceito de função social da propriedade a preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas.



- c) A função social da propriedade está identificada com o conceito liberal do instituto, que identifica na propriedade a possibilidade de aproveitamento e disposição da coisa da maneira mais absoluta.
- d) Em razão da doutrina da função social da propriedade, atualmente adotada pela Constituição Federal e pelo Código Civil, a propriedade não pode mais ser considerada uma garantia individual fundamental.

Comentários:

A **alternativa "a"** está incorreta. A função social da propriedade é expressamente prevista no Código Civil no artigo 1.228, § 1º, e inspira uma série de institutos jurídicos previstos neste diploma, como a aquisição da propriedade pela usucapião.

A **alternativa "b"** está correta. O artigo 1.228, § 1º, do Código Civil, expressamente inclui a preservação do meio ambiente no conceito de "função social", ao dispor que: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

A **alternativa "c"** está incorreta. A função social da propriedade, ao contrário, representa uma superação do conceito liberal de propriedade.

A **alternativa "d"** está incorreta. Não obstante a superação do conceito liberal da propriedade, esta ainda deve ser considerada como uma garantia fundamental, estando expressamente incluída no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Gabarito: letra B.

25. Sobre a função social da propriedade e seu tratamento pela Constituição Federal, assinale a alternativa incorreta:

- a) A Constituição Federal insere a propriedade como uma garantia fundamental do indivíduo, ao mesmo tempo em que impõe que a propriedade atenderá à sua função social. Há, no texto constitucional, uma contraposição dialética entre o fundamento liberal da propriedade e o Estado Social de Direito.
- b) Dentre os princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal arrola a propriedade privada ao lado da função social da propriedade.
- c) Dentre os institutos constitucionais que dão efetividade à função social da propriedade, pode-se apontar a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel



rural que não esteja cumprindo com a sua função social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

d) Segundo a Constituição Federal, a função social da propriedade rural é atendida quando há aproveitamento racional e adequado do solo, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar do proprietário e dos trabalhadores.

Comentários:

A **alternativa "a"** está correta. A propriedade é prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal como uma garantia fundamental, ao mesmo tempo em que a função social da propriedade é prevista no inciso XXII do mesmo artigo. Há, portanto, uma contraposição entre o Estado Social de Direito e o fundamento liberal da propriedade.

A **alternativa "b"** está correta. O artigo 170, incisos II e III, arrola como princípios gerais da atividade econômica tanto a propriedade privada quanto a função social da propriedade.

A **alternativa "c"** está incorreta. Segundo o artigo 184 da Constituição Federal, na hipótese de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não esteja cumprindo com a sua função social, a indenização será paga mediante "justa indenização em títulos da dívida agrária".

A **alternativa "d"** está correta e repete as disposições do artigo 186 da Constituição Federal.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

26. Sobre o regime da tutela possessória no Código de Processo Civil assinale a opção correta

- a) No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, será feitas a citação por edital dos ocupantes, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.
- b) No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação
- c) O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

Comentários



A opção "a" está incorreta, pois em se tratando de conflito fundiário³¹ o art. 554, §1º do Código de Processo Civil dispõe sobre regra especial de citação dos requeridos determinando serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

O código permite (Art. 554, §3º) ao juiz determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios. Como leciona Marinoni³²:

"Assim, segundo a previsão do Código atual, todos os invasores que se encontrarem no local devem ser pessoalmente citados pessoalmente, devendo a citação dos demais ocorrer por edital. Nos termos do § 2.º, do mesmo dispositivo, para essa citação pessoal, deve o oficial de justiça procurar os ocupantes no local por uma vez, sendo que aqueles que não forem identificados devem ser citados por edital. Ainda, no intuito de dar a maior publicidade possível a esse processo, e de forma a permitir a mais ampla participação daqueles que forem citados por edital, estabelece-se que o juiz deva providenciar ampla divulgação da existência da demanda, das citações e dos prazos para a participação no feito, podendo para tanto utilizar-se de "anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios"

Ou seja, a regra processual é de que o judiciário realize todos esforços para que os ocupantes da área tenham ciência efetiva do processo movido, sendo a citação por edital, outrora regra, medida excepcional, somente cabível quando esgotadas as medidas para a identificação dos réus.

³¹ o conceito de "conflito fundiário" tem como base a definição trazida pelo "Relatório Preliminar sobre a Situação dos Conflitos Fundiários Rurais no Brasil" do CNJ, que se utilizando da conceituação feita pela Comissão Pastoral da Terra conceitua os conceitua como: "Ações de resistência e enfrentamento pela posse, uso e propriedade da terra e pelo acesso a seringais, babaçuais ou castanhais, quando envolvem posseiros, assentados, remanescentes de quilombos, parceiros, pequenos arrendatários, pequenos proprietários, ocupantes, sem-terra, seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, faxinalenses, etc"

³² Luiz Guilher MARINONI, SÉRGIO CRUZ Arenhart, DANIEL MITIDIEIRO. Novo curso de processo civil, Vol. 3: TUTELA DOS DIREITOS MEDIANTE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS. Tr, 2015. P. 146



A **alternativa "b"**, por sua vez, também se mostra incorreta, já que mesmo nos processos envolvendo ocupações coletivas o Código de Processo Civil dispensa como regra a audiência do art. 334 às ações possessórias, por exceção, o art. 565 determina que o esbulho possessório ocorreu há mais de ano e dia (posse velha) por cautela do legislador o magistrado antes de apreciar o pedido de tutela provisória deve designar audiência de mediação. Essa audiência, tem natureza obrigatória pois reflete a natureza social do conflito fundiário, posto que expressamente o legislador lhe outorga a natureza não de audiência judicial clássica, com a participação exclusiva das partes- e nos seus interesses- mas sim, dentro de uma concepção habermasiana, como um instrumento indutor do modelo de democracia deliberativo-procedimental, não só dos agentes processuais, mas da sociedade civil como um todo, afinal, a pacificação social não é de interesse exclusivo das partes. Na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Almeida Nery³³:

"Segundo este dispositivo, independente de a inicial estar devidamente instruída (CPC 562), deverá ser designada audiência de mediação antes da concessão da liminar de reintegração ou manutenção de posse. O caráter coletivo que se reveste a posse disputada no caso faz com que a decisão proferida tenha, como consequência, um impacto de grande proporção. Em razão disso, deve ser tentada a mediação, de forma que as partes envolvidas dissolvam o conflito por si mesmas e restaurem a convivência harmoniosa e pacífica. Caso a liminar seja concedida e não seja executada em um ano da distribuição, nova mediação deverá ser tentada. "

O Conceito de audiência que traz o CPC/15 é identificado o rompimento da dicotomia "público x privado" no que diz respeito ao debate judiciário que não é, no caso dos autos, de interesse exclusivo das partes, mas de toda a esfera pública. Como diz Jurgen Habermas³⁴:

"Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas. De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para uma comunicação entre estranhos, que se desenvolve em esferas públicas, complexas e ramificadas, envolvendo amplas

³³ NERY JÚNIOR, Nelson e ALMEIDA NERY, Rosa Maria de **Código de Processo Civil Comentado**. RT. 2015. p. 1396

³⁴ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 98



distâncias. O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém através de condições de comunicação modificadas. Estas modificam certamente o acesso, assegurando de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade, porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para a outra. A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares.”

Não bastasse a legitimação dessa novel concepção de audiência nos conflitos fundiários, a concepção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição que refere Peter Häberle, permite ao julgador que expanda os limites subjetivos da lide de forma a permitir a colaboração de todos os possíveis envolvidos no conflito social. Na lição de Häberle³⁵:

“No processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado como *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elenco da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”

É dentro do espírito de diálogo e buscando a solução da lide social que o legislador determinou que além das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública (sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça, Art. 565, §2º) o juiz poderá convocar os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio para participarem da audiência (CPC, art. 565, §4º)

A alternativa “c” se mostra como correta, já que que o atual Código de Processo Civil, dentro de uma concepção democrática deliberativa, prevê no §3º do art. 565 a faculdade do magistrado em comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional, por certo, a presença do julgador representa uma aproximação maior da jurisdição da cidadania, mas a presença do juiz deve ser condicionada à presença de garantia de

³⁵ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 13



sua segurança pessoal e, principalmente, de ausência de agravamento do conflito com a sua presença e das forças policiais que garantirão a sua segurança.

A presença do magistrado na área objeto do litígio também lhe permite aferir se o imóvel, efetivamente, cumpre com a sua função social inclusive para fins do art. 1.228, §4º do Código Civil³⁶.

Portanto o comparecimento pessoal do magistrado à área tem tanto função de pacificação social como pode, observado o contraditório, ser elemento probatório na formação de sua convicção.

27. Assinale a alternativa correta em relação às regras de modificação da competência no atual Código de Processo Civil:

- a) A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo onde ocorrer a primeira citação, onde serão decididas simultaneamente.
- b) Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.
- c) Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.
- d) Quando houver continência e a ação contida tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação continente será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.

Comentários:

A **alternativa "a" está incorreta**. De fato, no regime processual revogado haviam duas regras definindo o juízo prevento, uma para ações de mesma competência territorial (CPC/73, **art. 106**) e outra para ações de competência territorial diferente (CPC/73, **art. 219**).

O atual Código de Processo Civil unificou as regras de prevenção abandonando o critério da citação como definidor do juízo prevento, estabelecendo que é o O registro ou a distribuição da

³⁶ Enunciado n. 328 FPPC: Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§ 4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana.



petição inicial que fixa a prevenção do juízo. Esclarece Marinoni que: *“Ocorrendo, porém, posterior cancelamento da distribuição (art. 2901 CPC), torna-se ineficaz a prevenção.”*

Da mesma forma a prevenção pressupõe que o juízo prevento seja competente para apreciar ambas as demandas³⁷, logo, por exemplo, se determinada demanda cível for distribuída perante a vara de família, ainda que tenha ocorrido a distribuição não há que se falar em prevenção.

Já a alternativa “b” se mostra correta, pois o atual Código de Processo Civil reforçou o entendimento que o grande marco delineador da conexão era a existência de possibilidade de decisões contraditórias, ampliando tal situação no art. 55, §3º que permitiu a reunião de processos, mesmo sem a presença de comunhão de partes ou causa de pedir (Art. 55, caput) sempre que presente o risco concreto prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente. Daniel Neves esclarece ainda que, apesar de não possuir previsão no CPC revogado a reunião de processos, mesmo sem conexão, não é novidade:

“A reunião nessas circunstâncias já vinha sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que por meio da extensão do conceito de conexão (STJ, 1ª Seção, CC 55.584/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12/08/2009, Dje 05/10/2009), ou até mesmo reconhecendo não se tratar de identidade de causa de pedir ou de pedido, mas de meras situações análogas (Informativo 466/STJ: 3.a Turma, REsp 1.226.016/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.03.2011).”

A norma positiva a chamada **“teoria materialista da conexão”**. Como leciona Elpídio Donizetti³⁸:

“Se o juiz entender que pode ocorrer conflito lógico de decisões, a reunião dos processos é medida que se impõe. A conexão sem a identidade de objeto ou de causa de pedir já era defendida pelos doutrinadores filiados à teoria materialista da conexão. Fredie Didier, por exemplo, afirma que a conexão pode decorrer 'do vínculo que se estabelece entre as relações jurídicas litigiosas'. Assim, 'haverá conexão se a mesma relação jurídica estiver sendo examinada em ambos os processos, ou se diversas

³⁷ No caso, irrelevante a distribuição anterior de feitos para firmar a competência da Primeira Turma, pois o tema de fundo, que delimita o âmbito de atuação de cada uma das seções desta Corte, não foi analisado em nenhum deles, **sendo certo que a prevenção pressupõe juízo competente**, o que não se verifica, porquanto o tema é de direito privado. 3. Não incide o disposto no § 4º do art. 71 do RISTJ, uma vez que a parte interessada se insurgiu na primeira oportunidade que teve. 4. Conflito conhecido para declarar a competência da Terceira Turma deste Superior Tribunal de Justiça. (STJ, CC 133.426/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 17/11/2014)

³⁸ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 225



relações jurídicas, mas entre elas houver um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade', não sendo relevante aferir a perfeita identidade entre objeto e causa de pedir."

Por tais razões a opção se encontra **correta**.

A **alternativa "c"** também se mostra incorreta pois a opção substitui o conceito de conexão, onde demanda o art. 55 do Código de Processo Civil a comunhão do pedido ou a causa de pedir, com o continência (CPC, art. 56) que demanda a existência de identidade quanto às partes e à causa de pedir. O critério definidor da conexão é a comunhão entre causa de pedir ou do pedido, não se exige identidade entre esses elementos, mas sim "a existência de causas que, embora não sejam iguais, guardam entre si algum vínculo, uma relação de afinidade, o que denota que o alcance da regra de conexão tem sido alargado, de modo a se interpretar "o vocábulo "comum", contido no texto legal como uma indicação do legislador de que, para caracterizar a conexão, seria desnecessária a identidade total dos elementos da ação, bastando tão somente uma identidade parcial."(REsp 1226016/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011).

A continência tem previsão no art. 56 do CPC:

"dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais", ante a exigência de identidade (diferente da conexão onde se exige comunhão) de parte e pedido, parte da doutrina identifica a continência como "litispendência parcial" (RMS 24.196/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJ 18/02/2008, p. 46).

Como leciona Humberto Theodoro:

"A relação é de continente para conteúdo, de modo que todos os elementos da causa menor se fazem também presentes na maior. Envolve a continência, pois, os três elementos da lide: sujeitos, pedido e causa petendi."

Ante a exigência de identidade de pedidos, não se pode deixar de considerar que a continência é uma **forma qualificada de conexão**.

Na continência há identidade de pedidos, mas um deles tem uma amplitude maior, englobando os das demais ações, como é o caso de duas ações de usucapião sobre o mesmo imóvel, contudo, uma abrangendo parte deste e outra limitada a parcela da área.



Exemplo clássico de continência é a hipótese em que o mesmo credor ajuíza duas ações contra o mesmo devedor: na primeira cobra algumas prestações vencidas e, na posterior, reclama o total da dívida, englobando o objeto da primeira.

Logo, a opção está incorreta por confundir os conceitos dos institutos.

Por fim a **alternativa "d"** se mostra incorreta ao trocar os efeitos da continência. O atual regime da continência explicita melhor a sua definição como litispendência parcial, já que dependendo da precedência da ação continente (**pedido mais amplo**) poderá ocorrer a extinção da ação contida (pedido mais contido). Assim, verificada a continência para se identificar o efeito se deve analisar a precedência em relação à ação mais ampla (**continente**)

a) **Se ação continente for precedente**, o processo relativo à ação contida será extinto sem resolução de mérito (art. 57, 1ª parte), reconhecendo aqui o CPC a hipótese de litispendência parcial, sendo o fundamento da extinção do art. 485, V;

b) **Se a ação a contida for precedente** os autos serão reunidos para julgamento conjunto (art. 57, in fine).

Daniel Neves³⁹ exemplifica a questão da continência como litispendência parcial:

"Repetindo-se as partes e a causa de pedir, o autor na ação A pede a condenação do réu a ressarcir-lo por danos materiais, e na ação B pede a condenação do réu a ressarcir-lo por danos materiais e danos morais. Nesse caso, caberá ao juiz diminuir objetivamente a ação B, excluindo o pedido condenatório de danos materiais, mera repetição de pedido já formulado no pedido A. Como se pode notar, diferente da continência, a consequência da litispendência parcial é a diminuição objetiva do processo (chamado erroneamente por alguns de "extinção parcial do processo"), e não a reunião de processo, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2ª Turma, REsp 847.397/SP, rei. Min. Herman Benjamin, j. 12.02.2008, DJe 02.12.2009)."

A opção oferecida na questão inverte essa lógica, o que, a rigor sequer teria sentido, pois se fosse o julgador extinguir a ação continente (mais ampla) acabaria por negar a jurisdição ao pedido de maior amplitude.

³⁹ NOVO CPC COMENTADO . Daniel Amorim Assumpção Neves. JusPodvim, 2016, p. 182

28. Assinale a opção correta sobre a execução de título executivo extrajudicial no atual Código de Processo Civil

- a) Nas obrigações alternativas, quando a escolha couber ao devedor, esse será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro de 15 (quinze) dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei ou em contrato.
- b) A alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será inválida em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado.
- c) Considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a expedição da ordem de entrega ao adjudicatário, quando se tratar de bem móvel.
- d) Frustradas as tentativas de alienação do bem, será reaberta oportunidade para requerimento de adjudicação, caso em que também se poderá pleitear a realização de nova avaliação.

Comentário

A alternativa "a" está incorreta, pois a opção somente substitui o prazo de 10 (dez) dias fixado pelo art. 800 do Código de Processo Civil pelo de 15(quinze), sem maiores alterações.

Também está incorreta a alternativa "b" já que também se trata de opção que faz a simples substituição de termo legal. O art. 804 do Código de Processo Civil não indica qualquer vício à alienação realizada em processo de execução sem a intimação do credor com direito real sobre a coisa, mas somente dispõe que tal negócio jurídico será ineficaz em relação ao credor. O Código de Processo Civil não adentra no plano da validade do negócio, mas somente afirmar que, no plano da eficácia, este não tem o condão de produzir seus efeitos naturais sem que tenha sido oportunizado a intimação do credor com direito real para que possa exercer seu direito de prelação.

O item "c" é incorreto pois ao contrário do afirmado o marco temporal para que se possa considerar a adjudicação como perfeita e acabada é a lavratura e a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe de secretaria, e, se estiver presente, pelo executado, conforme dispõe o §1º do art. 877 do CPC. Afirmar-se que a adjudicação é perfeita e acabada



implica dizer que a partir desse marco temporal, assinatura do auto, sua validade e eficácia somente pode ser questionada por meio de ação autônoma⁴⁰.

Já a alternativa “d” se mostra como correta pois transcreve o art. 878 do Código de Processo Civil que estabelece que mesmo que tenha, no momento inicial, rejeitado a adjudicação e optado pela alienação do bem, não há preclusão temporal para o credor que pode, após frustrada a tentativa de alienação (por iniciativa privada ou leilão judicial), adjudicar do mesmo bem. Se necessário, para tanto, deve o juiz proceder a nova avaliação, para adequar o valor do bem ao momento novo.

29. Sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do Código de Processo Civil assinala e opção correta:

- a) Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional.
- b) A decisão de inadmissibilidade do recurso especial é formada por capítulos autônomos, o que permite sua impugnação parcial.
- c) São devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, somente quando impugnados.
- d) As questões acerca do trade dress (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal são de competência da Justiça Federal diante da presença de interesse do INPI.

Comentários

O item “a” se mostra como correto. O tema foi divulgado no **Informativo 636** e faz referência ao julgamento do **Tema repetitivo n.º 967** onde o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional com os seguintes argumentos:

40 Estando perfeita e acabada a adjudicação, na forma do artigo 877, § 1º, do Código de Processo Civil, o pedido de desfazimento do ato somente poderia ser acolhido, se fosse o caso, em ação autônoma, nos termos do artigo 966 § 4º, do CPC. 4. (...) (TJPR - 15ª C. Cível - 0041614-37.2018.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: Jucimar Novochadlo - J. 28.11.2018)



Inicialmente cumpre salientar que da análise dos artigos do Código Civil e do CPC de 1973, que trataram da ação de consignação em pagamento, nota-se: a) que a consignação de valor monetário é forma de pagamento integral da dívida vencida e que tem por objetivo extinguir a obrigação, ainda que se admita o depósito das parcelas vincendas, ainda não exigíveis (CC, arts. 334 e 336; CPC/1973, art. 890); b) que, em relação ao tema em debate, só tem lugar quando o credor não puder receber ou se recusar, sem justa causa, a receber ou dar quitação, ou pender litígio sobre o objeto (CC, art. 335); c) que devem concorrer os requisitos para a validade do pagamento, como tempo, modo, valor, sujeitos, lugar e acréscimos legais (CC, arts. 336 e 337; CPC/1973, arts. 890, § 1º, e 891); d) que a consignação em estabelecimento bancário (extrajudicial), assim como o ajuizamento do feito judicial, direito de ação que é, constitui faculdade ("poderá") do devedor (CPC/1973, art. 890, § 1º); e) que cessa para o devedor, sobre a importância depositada, a fluência de juros e os riscos, exceto se for julgada improcedente a consignatória (CPC/1973, art. 891); f) que o réu/credor, se alegar que o pagamento não é integral, deve indicar o montante que entende devido (CPC/1973, art. 896, inciso IV e parágrafo único); g) que com a procedência do pedido se dará a declaração de extinção da obrigação; e h) que existe possibilidade de julgamento de improcedência (CPC/1973, art. 891), caso em que o depósito não terá tido o efeito de fazer cessar a mora do devedor. A jurisprudência predominante do STJ, acerca da procedência parcial da ação em caso de depósito insuficiente, não é compatível com o princípio de direito civil de que não há mora simultânea, e nem com a disciplina processual da ação consignatória, a qual determina, como pressuposto para o exame do mérito, o depósito inicial da integralidade da dívida vencida, com o fito de extinção da obrigação. Os diversos julgados que representam o entendimento atualmente dominante desta Corte, na prática, suprimem a hipótese legal de improcedência do feito, ao arrepio do art. 891 do CPC/1973. Com efeito, não havendo depósito, a sentença será de extinção do processo sem exame do mérito (CPC 2015, art. 542, parágrafo único). Havendo depósito insuficiente, terá sido justa a recusa do credor, que não pode ser obrigado a receber em parte a prestação, se tal não foi convenicionado, e, portanto, o resultado coerente com o ordenamento jurídico será a improcedência e não a procedência parcial do pedido. A aceitação de qualquer depósito, de qualquer valor, como hipótese de procedência parcial do pedido, privaria de efeito a regra legal segundo a qual cessa para o devedor "tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente" a consignação (CPC/1973, art. 891; CPC/2015, art. 540); isso porque a ação seria sempre julgada parcialmente procedente, mesmo que manifestamente insuficiente o depósito para extinguir a obrigação, mesmo que justificada a recusa do credor, tendo o autor inadimplente dado causa ao ajuizamento da ação.

O julgamento faz referência tanto ao CPC/73 quanto ao atual Código de Processo Civil deixando claro que, quando o depósito não for integral, a solução imposta pelo ordenamento jurídico é o julgamento de improcedência do pedido consignatório.

A alternativa "b" está incorreta, pois a Corte Especial do STJ, em julgamento publicado no Informativo 638 pacificou o entendimento sobre a necessidade de o recorrente, em agravo em recurso especial, impugnar especificamente todos os fundamentos constantes da decisão de inadmissibilidade do recurso especial:

O acórdão embargado concluiu pela impossibilidade de conhecimento do agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, não obstante os fundamentos da decisão recorrida terem sido autônomos (violação do art. 535 do CPC/1973 e incidência da Súmula n. 7 do STJ). Ao revés, o aresto paradigma perfilhou o entendimento de que, "se a admissão parcial do recurso especial ou extraordinário devolve toda a matéria deduzida no recurso à instância superior, independentemente de agravo, desde que se trate de decisões com partes autônomas - e não fundamentos autônomos sobrepostos no mesmo capítulo -, é evidente que o agravo contra a não admissão também pode limitar-se a impugnar pontos autônomos da decisão, se tal impugnação se mostrar suficiente à reforma do acórdão recorrido". Inicialmente cumpre salientar que tanto o § 4º do art. 544 do CPC/1973 - precisamente em relação ao agravo -, quanto o inciso VIII do art. 932 do CPC/2015 - de forma geral -, remetem às disposições constantes do Regimento Interno do STJ. Quanto ao agravo em recurso especial, determina o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ, com redação conferida pela Emenda Regimental n. 22/2016, que é atribuição do relator "não conhecer do agravo inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida". Ademais, pode-se afirmar que, no que tange à teoria da sentença, um provimento judicial, via de regra, comporta sua elaboração em capítulos, os quais são unidades elementares e autônomas do dispositivo da decisão, podendo ser homogêneos, se contiverem apenas pronunciamentos sobre o mérito do processo, ou heterogêneos, se também incluírem a resolução de questões preliminares do mérito. Ocorre que a decisão de inadmissibilidade tem, como peculiaridade, o escopo de apreciação exclusiva dos pressupostos de admissibilidade do apelo especial, concluindo pela presença de uma ou várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, as quais em tudo se assemelham às questões preliminares extintivas da demanda. É forçoso concluir, portanto, pela completa ausência de diversos capítulos nesse decisum, que é formado por um único dispositivo, qual seja, a inadmissão do recurso. Com efeito, a decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo.

Assim, a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é cindível e, portanto, deve ser impugnada em sua integralidade, sob pena de não conhecimento do recurso de agravo.

A opção "c" também está incorreta, pois o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento em sentido diverso. A matéria foi veiculada no Informativo n. 628 e se refere ao julgamento do tema 973, onde o Superior Tribunal de Justiça afirmou que o art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na **Súmula 345 do STJ**⁴¹, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio. No julgamento foram adotados os seguintes fundamentos:

A Corte Especial, quando do julgamento do EREsp 653.270/RS, Rel. Min. José Delgado, sessão de 17/05/2006 (DJ 05/02/2007), decidiu que, "nas execuções individuais procedentes de sentença genérica proferida em ação coletiva ou ação civil pública, é cabível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, ainda que não embargada a execução". Diante de outros arestos que vieram a confirmar essa assertiva, a Corte Especial consolidou o seu entendimento mediante a edição da Súmula 345, que restringe a aplicação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, que dispõe que "não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas", às execuções de título judicial, resistida ou não, procedentes de título judicial proferido em ação coletiva ajuizada por sindicato ou entidade de classe, como substitutivo processual, ou em sede de ação civil pública, ambas promovidas contra a Fazenda Pública. O tema agora se renova em face da edição do novel diploma processual civil. No entanto, não existe razão para se afastar a solução outrora consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da aplicação e vigência da Súmula 345 do STJ. Assim, a interpretação que deve ser dada ao art. 85, § 7º, do CPC/2015, que dispõe que "não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada", é a de que, caso a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação. Isso porque o cumprimento de sentença de que trata o referido diploma legal é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo. Entretanto, nas decisões coletivas - lato sensu - não se especifica o quantum devido nem a identidade dos titulares do direito subjetivo, sendo elas mais limitadas do que as que decorrem das demais sentenças condenatórias típicas. Assim,

⁴¹ São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.



transfere-se para a fase de cumprimento a obrigação cognitiva relacionada com o direito individual de receber o que findou reconhecido na ação ordinária. Em face disso, a execução desse título judicial pressupõe cognição exauriente, cuja resolução se deve dar com estrita observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, a despeito do nome dado ao procedimento, que induz a indevida compreensão de se estar diante de mera fase de cumprimento, de cognição limitada.

Com esses argumentos entendeu a corte que não houve mudança no ordenamento jurídico, uma vez que o citado art. 85, § 7º, do CPC/2015 reproduz basicamente o contido no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, mantendo, assim, o entendimento sumulado.

a **alternativa "d" também é incorreta**, pois ao contrário do afirmado pelo item, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento⁴² veiculado no Informativo n. 618 ao apreciar o tema 950 decidiu que questões acerca do **trade dress (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas** afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da Justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal.

No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória. Adotando os seguintes fundamentos:

A questão controvertida principal - único objeto da afetação ao rito dos recursos repetitivos - consiste em delimitar a competência da Justiça estadual para: a) em reconhecimento de concorrência desleal, determinar a privação de uso de elementos que não são registrados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, caracterizados pelo "conjunto-imagem" (trade dress) de produtos e/ou serviços e b) impor abstenção de uso de marca registrada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. Quanto ao primeiro questionamento, vale destacar que a Terceira Turma desta Corte, em recente precedente, entendeu - entre outros pontos - que o conjunto-imagem de bens e produtos é passível de proteção judicial quando a utilização de conjunto similar resulte em ato de concorrência desleal, em razão de confusão ou associação com bens e produtos concorrentes (REsp 1.353.451-MG, Rel. Min. Marco

⁴² REsp 1.527.232-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, por unanimidade, julgado em 13/12/2017, DJe 05/02/2018

Aurélio Bellizze, DJe 28/9/2017). Com efeito, embora o sistema brasileiro não reconheça a proteção exclusiva do trade dress ou "conjunto-imagem" integral, com todos os seus elementos característicos, sua tutela tem origem na própria Constituição Federal, por meio do art. 5º, XXIX, ao afirmar que a lei assegurará a proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos. De fato, o que se efetiva, normalmente, é o registro da marca perante o INPI em sua apresentação nominativa (ou seja, somente o nome do produto, sem qualquer estilização), inexistindo especial atenção no sentido de se proteger os demais elementos do trade dress, a saber: o registro da embalagem como marca mista (seus logotipos, desenhos e demais caracteres gráficos), ou, ainda, como desenho industrial, nas hipóteses previstas na Lei de Propriedade Industrial. Destarte, cumpre observar que as questões acerca do trade dress (conjunto-imagem) dos produtos das recorrentes, por não envolver registro no INPI e se tratar de demanda entre particulares, é inequivocamente de competência da Justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. Situação diversa diz respeito a demanda referente à concorrência desleal, em que os litigantes são efetivamente proprietário das marcas que utilizam, devidamente registradas no INPI, embora tanto a marca como o conjunto-imagem sejam questionados por suposta confusão/associação entre produtos e o consequente desvio ilícito de clientela. Nesse contexto, importa destacar que os arts. 129 e 175 da Lei n. 9.279/1996 dispõe, respectivamente, que os registros de marca deferidos pela autarquia federal (INPI) conferem uso exclusivo ao seu titular em todo o território nacional, bem como que eventual ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da Justiça Federal. Sendo assim, quanto ao pedido de abstenção de uso da marca, dúvida não há quanto à competência da Justiça Federal - sob pena de ofensa aos referidos dispositivos de lei federal -, sendo a abstenção de uso da marca uma decorrência lógica da desconstituição do registro sob o fundamento de violação do direito de terceiros - consequência expressa, inclusive, no parágrafo único do art. 173 da Lei de Propriedade Industrial.

Desta feita, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que compete ao Juízo federal analisar o pedido de abstenção de uso tão somente nos estritos limites daquilo que compõe o registro marcário anulando, cabendo à Justiça Comum dos Estados todo e qualquer aspecto relacionado ao conjunto-imagem (trade dress).

30. Antonio Carlos, pai de José Carlos, era parte em um processo e faleceu durante o curso da demanda. Rob, por ter interesse no prosseguimento da ação, optou por suceder ao pai como parte no processo, para tanto deverá formular:

- a) pedido de oposição.
- b) oposição de embargos de terceiros.
- c) pedido de substituição processual.



d) pedido de habilitação.

Comentários

O **item "a" está incorreto** pois não se mostra cabível o pedido de oposição (CPC, art. 682) já que não é situação em que o sucessor pretenda, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu.

A **alternativa "b" também está incorreta** uma vez que também não é caso de embargos de terceiro (CPC, art. 674) já que não está o sucessor a sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito.

Incorreta também é a opção "c" já que na hipótese apresentada não é caso de substituição processual, já que este instituto ocorre quando alguém, autorizado por lei, age em nome próprio na defesa de direito e interesse alheio (CPC, art. 18), ao passo que o que pertence-se, em verdade é a sucessão processual (CPC, art. 108)

Já o item "d" se mostra como correto pois a situação narrada reflete, em verdade, sucessão processual (CPC, art. 110) que é a substituição da parte, em razão da modificação da titularidade do direito material afirmado em juízo, em suma, é a troca da parte, onde uma outra pessoa assume o lugar do litigante originário, fazendo-se parte na relação processual. Essa modificação é regida pelo procedimento especial de habilitação (CPC, art. 687) onde o juiz verificará a legitimidade do postulante para suceder a parte falecida.

Como regra a habilitação se dará nos mesmos autos, contudo, quando a legitimidade do interessado for impugnada e houver necessidade de dilação probatória diversa da documental o juiz determinará a sua autuação em apartado (CPC, art. 691).

DIREITO TRIBUTÁRIO

31. Assinale a opção correta sobre o instituto da denúncia espontânea:

- a) O instituto da denúncia espontânea se aplica nos casos de parcelamento de débito tributário.
- b) O benefício da denúncia espontânea se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.
- c) Em qualquer situação, a responsabilidade pelos juros de mora é excluída pela denúncia espontânea da infração.
- d) Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.



Comentários

A **alternativa "a"** está incorreta pois o parcelamento (CTN, art. 151, VI) é a dilação do prazo de pagamento de créditos tributários vencidos (já lançados) é justamente por se referir a créditos já constituídos que a ele não pode ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, pois esse instituto se exige que nenhum lançamento tenha sido feito. Sobre a questão o Superior Tribunal de Justiça fixou a **tese repetitiva n.º 101** no sentido de que **"o instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica nos casos de parcelamento de débito tributário"**

O **item "b"** também está incorreto uma vez que somente se poderá falar em espontaneidade da denúncia quando ausente qualquer atuação por parte da administração tributária, ocorre que nos lançamentos por homologação (CTN, art. 142) o sujeito passivo pratica todos os procedimentos para a apuração do tributo, de modo que desde a apresentação da declaração resta constituído o crédito tributário⁴³, logo, se o sujeito apresenta a declaração e não recolhe o tributo não se pode considerar que a fazenda pública restou inerte. Além do mais o próprio art. 138 deixa claro que o benefício apenas se configura quando, confessado o débito, o contribuinte efetiva, incontinenter, o seu pagamento. É dentro desse contexto que foi publicada a súmula 360 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 360 - O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo. (Tema 61 - repetitivo)

Contudo, mesmo na hipótese de lançamento por homologação será possível a denúncia espontânea nas hipóteses em que o sujeito passivo apresente a declaração e, posteriormente, a retifique para incluir infrações não declaradas anteriormente desde que não tenha ocorrido qualquer ação do fisco em relação aos fatos omitidos. A matéria foi objeto do tema 385 dos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça:

A denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de

43 Súmula 436: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco".

qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente.

A alternativa "c" também é incorreta pois o art. 138, caput, é expresso em somente excluir a responsabilidade (leia-se, a multa moratória ou punitiva⁴⁴) pelo cometimento da infração tributária, não afastando a mora, que é um dado objetivo e decorre da simples inadimplência do devedor, por isso, em sendo devidos juros moratórios estes também devem ser incluídos no valor a ser recolhido.

Ainda que o art. 138 utilize a expressão "se for o caso", indicando a possibilidade da denúncia espontânea tanto para os casos de obrigação principal (CTN, art. 113, §1º) como acessórias (CTN, art. 113, §2º) de cunho meramente formal (obrigações de fazer, não fazer, permitir ou tolerar) a jurisprudência do STJ entende que não se aplica o instituto às obrigações acessórias.

"É cediço o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da legalidade da cobrança de multa pelo atraso na entrega da declaração de rendimentos, inclusive quando há denúncia espontânea, pois esta "não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas" (AgRg no AREsp 11.340/SC, Rel. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/9/2011, DJe 27/9/2011).. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1022862/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017)

Em sentido contrário é a lição de Hugo de Brito Machado⁴⁵:

"a expressão se for o caso, no art. 138 do Código Tributário Nacional, significa que a norma nele contida se aplica tanto para o caso em que a denúncia espontânea da infração se faça acompanhar do pagamento do tributo devido, como também no caso em que a denúncia espontânea da infração não se faça acompanhar do pagamento do tributo, por não ser o caso. E com toda certeza somente não será o caso em que se

44 "O Código Tributário Nacional não distingue entre multa punitiva e multa simplesmente moratória; no respectivo sistema, a multa moratória constitui penalidade resultante de infração legal, sendo inexigível no caso de denúncia espontânea, por força do art. 138..." (STJ, 2ª T., REsp 16672-91/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 04.03.1996, p. 5.394).

45 Hugo de Brito Machado, Comentários ao Código Tributário Nacional, São Paulo: Atlas, 2004, v. 2, p. 663



tratando de infrações meramente formais, vale dizer, mero descumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

Assim, apesar da divergência de parte da doutrina, não se pode afirmar a existência de exclusão dos juros de mora pela denúncia espontânea.

Por fim, a **alternativa “d” se mostra correta**. A opção reflete o **parágrafo único do art. 138 do CTN** que reforça que somente se qualificará como espontânea a denúncia realizada pelo sujeito passivo quando não houver qualquer atuação formal da administração tributária em relação à infração cometida. Como leciona Luciano Amaro⁴⁶:

“A espontaneidade tem um conceito normativo, que se infere do parágrafo único do art. 138. Se eu agir porque estou com medo do Fisco, eu estou agindo espontaneamente. Se eu agir porque a fiscalização está no meu vizinho, eu estou agindo espontaneamente. Se eu agir porque o Fisco diz que a partir de amanhã ele dará início a uma devassa geral em tais ou quais setores e eu atuo, hoje, no sentido de me denunciar – eu estou agindo espontaneamente. (...) Depois que o fiscal já lavrou um termo de início de fiscalização, onde disse que vai investigar tal ou qual coisa, isso já está fora da espontaneidade. Mas qualquer outra coisa, eu continuo podendo denunciar espontaneamente. Se ele fiscalizar as minhas despesas de certa natureza, eu posso fazer uma denúncia de um outro assunto, que não esteja dentro do escopo do que ele veio ver.”

Deve ser observado que o art. 196 do CTN, exige que a autoridade fiscal lavre termo de início do procedimento fiscal, sendo que esse termo é o marco a partir do qual não se pode mais falar em denúncia espontânea. O § 2º do art. 7º do Decreto 70.235/72⁴⁷ dispõe no sentido de que o ato de início da fiscalização afasta a espontaneidade por 60 dias, logo, instaurada a fiscalização, mas não iniciados os trabalhos nesse prazo poderá o sujeito passivo postular novamente pelo benefício.

32. Assinale a alternativa que não representa uma causa de extinção do crédito tributário de acordo com o Código Tributário Nacional:

a) pagamento;

⁴⁶ Luciano da Silva Amaro, *Infrações Tributárias*, RDT nº 67, Ed. Malheiros, p. 37

⁴⁷ Que apesar de nascido decreto foi recepcionado pela CF/88 como lei ordinária.



- b) a compensação;
- c) a transação
- d) a dação em pagamento em bens móveis

Comentários:

O item "a" está incorreto, já que a forma mais corriqueira de extinção das obrigações é o pagamento (CTN, art. 156, I) direto, por meio deste instituto o devedor obtém a liberação total do vínculo obrigacional. Como refere Orlando Gomes (2003:105), as obrigações "nascem para serem cumpridas, mas, no exato momento em que se cumprem, extinguem-se. O adimplemento é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional."

Portanto, é o pagamento o caminho natural de extinção do crédito tributário.

Quanto ao lugar do pagamento prevê o CTN que no âmbito tributário, salvo disposição legal em contrário, as dívidas devem ser pagas na repartição competente do domicílio do sujeito passivo (CTN Art. 159) **cabendo ao devedor procurá-lo para efetuar o pagamento**, são, portanto, as **dívidas tributárias portáteis** (portables), no que se distinguem das obrigações privadas, onde é do credor o ônus de procurar o devedor para receber (quesíveis/quérables CCB art. 327).

Em relação ao prazo para pagamento o art. 160 do CTN determina que, em não fixando-o a **legislação tributária**, será de 30 dias após a notificação fiscal do sujeito passivo. Novamente reiteramos que o CTN emprega a expressão legislação tributária com sentido próprio, de modo que não se exige, assim, lei formal para a fixação do prazo de pagamento:

TRIBUTARIO. RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. PRAZO FIXADO POR DECRETO. A fixação do prazo de pagamento de tributos esta afeta a legislação tributaria (ctn, art. 160), expressão que abrange os decretos e as normas regulamentares (CTN, art. 96 c/c o art. 100). (...) (REsp 34.709/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/1996, DJ 04/11/1996, p. 42455)

Da mesma forma que o prazo para recolhimento de tributos não está sujeito à legalidade estrita também não está subordinado ao princípio da anterioridade, conforme a Súmula Vinculante 50 do Supremo Tribunal Federal: **Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.**

O item "b" também está incorreto pois a compensação é modalidade de pagamento indireto na qual se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem (CCB/2002 art. 368). O primeiro traço distintivo entre a compensação tributária daquela prevista para o direito privado é a necessidade de lei autorizando a operação, que não ocorre na mera existência de créditos comuns entre os sujeitos, além disso,

a compensação tributária opera-se entre créditos vencidos ou vincendos, operando de forma diversa do direito comum.

Assim prevê o art. 170 do CTN:

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

Além dessas diferenças, o **art. 170-A do CTN** veda a compensação de crédito objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, **antes do trânsito em julgado da decisão** que lhe foi favorável, deste modo, a norma proíbe a compensação tributária, como forma de extinção do crédito, mediante a concessão de medida judicial provisória, como é o caso das liminares. A respeito já dispunha súmula 212 do STJ:

A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar, cautelar ou antecipatória.

Há de se ressaltar ainda que A regra de imputação de pagamentos estabelecida no art. 354 do Código Civil não se aplica às hipóteses de compensação tributária, como determina a **sumula 464 do STJ**, devendo a fazenda imputar os pagamentos na ordem prevista no **art. 163 do CTN**.

Súmulas STJ

212 - A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar, cautelar ou antecipatória

213 - O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

394 - É admissível, em embargos à execução fiscal, compensar valores de imposto de renda retidos indevidamente na fonte com os valores restituídos apurados na declaração anual.

460 - É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

461 - O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.



464 - A regra de imputação de pagamentos estabelecida no artigo 354 do Código Civil não se aplica às hipóteses de compensação tributária.

A **alternativa "c"** é incorreta já que a transação é a forma de extinção do crédito tributário (CTN, art. 151, III) por meio da transação a parte, mediante concessões mútuas, obtém a solução consensual para o direito disputado. Pois bem, no âmbito do direito tributário a transação é condicionada a existência de lei autorizando a pessoa política a celebrar a composição, bem como fixando as condições e limites do ato bem com as autoridades competentes para representá-la.

Sobre a transação não se pode esquecer que, na forma do art. 171 do CTN, sua admissibilidade no âmbito tributário depende da edição de lei em sentido formal:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Também é importante mencionar que o **CTN admite somente a transação terminativa**, e não a "preventiva", já que é pressuposto de tal causa extintiva a existência de um litígio entre a administração tributária e o sujeito passivo.

A **alternativa "d"** é a opção correta. Ainda que a dação em pagamento tenha sido incluída pela LC 104/2001 dentre as causas de extinção do crédito tributário (CTN. Art. 151, XI) a norma do CTN limitou a sua admissibilidade aos bens imóveis, tendo o STF no julgamento da **ADI 1917-DF** declarado inconstitucional lei distrital que admitia a dação em pagamento de bens móveis, argumentando a violação do princípio da licitação, bem como por referir tratar-se de nova causa de extinção do crédito tributário, não veiculada em lei complementar.

Apesar da relevância da regra, trata-se de norma não autoaplicável exigindo que cada pessoa política elabore as suas normas reguladoras da dação em pagamento (STJ, AgRg no REsp 1431546/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., j. em 15/05/2014, DJe 20/06/2014).

Também não se admite a extinção de crédito tributário, mediante dação em pagamento de apólices da dívida pública por não se qualificarem como bem imóvel (RE 613571 ED, Rel. DIAS TOFFOLI, 1ª. T. j. em 08/05/2012), sendo que em tal caso se está diante de compensação e não dação em pagamento.

33. Assinale a opção incorreta sobre o Imposto Sobre Transmissão causa mortis e doações-ITCMD, de acordo com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal:



- a) O imposto de transmissão causa mortis é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.
- b) O imposto de transmissão causa mortis não é exigível antes da homologação do cálculo.
- c) É legítima a incidência do imposto de transmissão causa mortis no inventário por morte presumida.
- d) É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão causa mortis e doações.

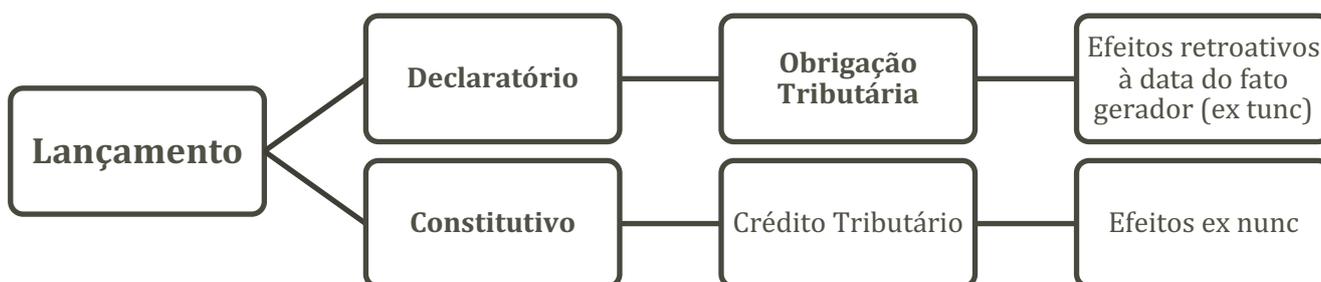
Comentários

As opções “a” e “b” refletem enunciados verdadeiros, já que transcrevem as súmulas 112 e 114 do STF, que refletem a natureza declaratória e constitutiva do lançamento. Ao contrário da obrigação tributária, o crédito tributário somente passa a existir no mundo jurídico com a realização do lançamento. O lançamento é ato administrativo, mas é ato que não se sujeita a juízo de oportunidade e conveniência da administração pública pois o art. 142, § único, fixa a sua natureza de ato administrativo vinculado.

O lançamento possui dupla função jurídica é ato declaratório da existência da obrigação tributária e é ato constitutivo do crédito tributário que somente passa a existir com a sua realização.

A súmula 112 reflete o conceito do art. 144 do CTN que dispõe que: *O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.* Em termos de direito das sucessões vige o princípio da **saisine**, estampado no artigo 1.784 do Código Civil, com a ficção jurídica de que com a morte todo o patrimônio do de cujus se transfere imediatamente aos seus sucessores como uma universalidade, assim, é esse o marco temporal da incidência do ITCMD.

Já a opção “b” reflete a súmula 114 do STF encontra seu fundamento também no ato de



lançamento. Se o enunciado 112 fixa o aspecto temporal do imposto, a súmula 113 fixa o seu aspecto pessoal, já que se o art. 1.784 do Código Civil Brasileiro afirma que com a morte o patrimônio do de cujus se transmite aos seus herdeiros, não é possível ainda à administração

tributária identificar os sujeitos passivos do imposto, o que somente com o processo de inventário será possível identificar quem são os sucessores do falecido, logo correta a afirmação de que o tributo somente é exigível após a homologação do cálculo, pois somente nesse momento se tem a noção da grandeza tributável e de seu aspecto subjetivo.

Por fim, a **opção "c"** também é correta já que, em verdade, reflete entendimento sumulado do STF no enunciado 331 que não diferencia para fins de incidência material do ITCMD entre a morte fática e a morte por ficção jurídica já que ambas se enquadram na hipótese de incidência do imposto, que é a transmissão do patrimônio, seja por morte real, seja pela presumida.

Desta feita, **somente a opção "d" reflete um enunciado incorreto** já que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao ITCMD é a de admitir a fixação de alíquotas progressivas em virtude do tamanho do monte mor, tema que teve a repercussão geral reconhecida no tema 021: **"É constitucional a fixação de alíquota progressiva para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação — ITCD."** (RE 562045).

Cuidado que em relação do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Inter vivos, o mesmo Supremo Tribunal Federal entende inconstitucional a fixação de alíquotas progressivas: Súmula 656 *"É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel."*

34. Acerca da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça sobre a execução fiscal dos créditos públicos, assinale a opção correta:

- a) A citação editalícia não tem o condão de interromper o fluxo do prazo prescricional.
- b) Não se admite, em embargos à execução, compensar os valores de imposto de renda retidos indevidamente na fonte com os valores restituídos apurados na declaração anual.
- c) Não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal para discutir a responsabilidade do sócio quando este figure como responsável na Certidão de Dívida Ativa – CDA.
- d) A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, inclusive com a modificação do sujeito passivo da execução.

Comentários

O **item "a"** está incorreto, pois nos termos do art. 174 do CTN, a ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da sua constituição definitiva, somente sendo interrompida a prescrição nos seguintes casos: a) pela citação pessoal feita ao devedor; b) pelo protesto judicial; c) por qualquer ato judicial que constitua mora ao devedor; d) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do débito pelo devedor. Ao contrário do enunciado há julgamento repetitivo (**Tema 82**) do Superior Tribunal de Justiça fixando



a tese de que na execução fiscal mesmo a citação editalícia, desde que válida, tem o condão de interromper a prescrição.

Também está incorreto o item "b" já que a súmula 394 (tema 81) do Superior Tribunal de Justiça reconhece essa possibilidade: **"É admissível, em embargos à execução, compensar os valores de imposto de renda retidos indevidamente na fonte com os valores restituídos apurados na declaração anual."** Em que pese, em regra, não ser possível formular pedido condenatório em embargos à execução, que se destinam à oposição contra a execução, a restituição de imposto de renda, supostamente não abatida do quantum exequendo, configura excesso de execução, e como tal pode ser manejada como defesa em sede de embargos, compensando-se o valor não abatido do efetivamente devido.

O item "c" está correto, pois a opção reflete o tema repetitivo 108 do Superior Tribunal de Justiça em que se firmou o entendimento de que **"não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA."**

O entendimento parte da súmula **393 do stj**⁴⁸ que limite o cabimento da exceção de pré-executividade aos casos em que não se demanda dilação probatória, e no que se refere à responsabilidade pessoal dos sócios (CTN, art. 135) o ônus da prova da ocorrência do ato ilegal ou abusivo, a jurisprudência que formou tem como marco divisória da carga probatória a Certidão da Dívida Ativa (CDA).

Desta feita, presente na certidão da dívida ativa que instruiu a Execução Fiscal o nome dos sócios-gerentes, mesmo que a execução seja dirigida originalmente contra a empresa, poderá a Fazenda solicitar o seu redirecionamento aos sócios-gerentes, sendo destes o ônus probatória da ausência de ilegalidade ou abuso, isto diante da presunção de legitimidade da CDA.

Logo, para que o sócio cujo nome constou da CDA, que goza da presunção relativa de legitimidade (CTN, art. 202) a desconstituição de tal afirmação dependerá de dilação probatória o que é incompatível com a exceção de pré-executividade.

A alternativa "d" contraria o disposto na súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça:

⁴⁸ A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória

“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.”

Efetivamente, a substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento é permitido até a prolação da sentença nos embargos à execução, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, contudo, mesmo tratando-se de prerrogativa da Fazenda Pública, há limitações materiais e formais à emenda ou substituição da Certidão da Dívida Ativa.

É o caso, por exemplo, da alteração do sujeito passivo nela indicado. Se admitida, representaria a alteração do próprio lançamento violando o art. 145 e 149 do CTN:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I - impugnação do sujeito passivo; II - recurso de ofício; III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine; II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária; III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade; IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação; VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior; IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

A substituição do sujeito passivo da obrigação tributária demanda um novo procedimento de lançamento, bem como a possibilidade de novo contraditório administrativo, logo, simplesmente substituir a CDA para incluir novo sujeito passivo, sem o prévio procedimento, implica em violação aos artigos 15 e 149 do CTN.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

35. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, incide contribuição previdenciária sobre a seguinte parcela da remuneração do servidor:

- a) terço de férias.
- b) pagamento retroativo de subsídios.
- c) serviços extraordinários.
- d) adicional noturno.
- e) adicional de insalubridade.

Comentários:

Respeitados os limites mínimo e máximo, o salário-de-contribuição consiste, genericamente, na remuneração recebida pelo trabalhador durante o respectivo período de apuração. O salário-de-contribuição serve como base de cálculo para o recolhimento de tributos (contribuições sociais) e tem reflexos diretos no valor do benefício previdenciário futuro.

O STF entende que somente devem figurar como base de cálculo das contribuições previdenciárias as rubricas que tenham **repercussão em benefícios**. Como consequência, ficam excluídas as verbas eventuais e as que não se incorporam à aposentadoria, como o terço de férias, os serviços extraordinários e os adicionais noturnos e de insalubridade (RE 593.068 STF, julgado em 11/10/2018).

Dentre as opções dadas, a única que se incorpora à aposentadoria é o pagamento de subsídios, ainda que de forma retroativa. Portanto, a resposta da questão está na **letra B**.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Olá pessoal! Voltei aqui nesta rodada para compartilhar com vocês cinco questões inéditas a respeito do tema – Colaboração premiada.

Tema certo para ser questionado na magistratura, fiquem atentos para o impacto do pacote anticrime na resolução das questões.



Bom treino.

--

36. Assinale a alternativa correta sobre o instituto da colaboração premiada.

- A) O Ministério Público deverá deixar de oferecer denúncia mesmo se o colaborador for o líder da organização criminosa.
- B) O juiz não poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, devendo obrigatoriamente adequá-la ao caso concreto
- C) Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.
- D) Apenas em casos específicos a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.
- E) O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 1 (um) ano, prorrogável por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, interrompendo se o respectivo prazo prescricional.

Comentários:

Em respeito ao contraditório e para evitar novas anulações, a Lei 13.964 incluiu esse dispositivo presente na alternativa C (art. 4º, § 10-A)

A **letra A** está errada porque nunca o líder da organização poderá ser beneficiado com o não oferecimento da denúncia pela colaboração (art. 4º, § 4º, I)

A **letra B** está errada porque o juiz poderá SIM recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

A **letra D** está errada porque em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

A **letra E** está errada porque a suspensão pode ser dar por até 6 meses e a prescrição é suspensa, não interrompida.

Logo, a **letra C** está correta.



37. Analise as proposições abaixo acerca da colaboração premiada prevista na lei referente às organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013):

I - Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

II - Em relação ao colaborador, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, diante da relevância da colaboração premiada, desde que, em sendo o colaborador líder da organização criminosa, seja a primeira pessoa a prestar a colaboração.

III - Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.

IV - O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração.

Assinale a alternativa **correta**:

- A) Todas as proposições são corretas.
- B) Somente as proposições I, III e IV são corretas.
- C) Somente as proposições II e III são corretas.
- D) Somente as proposições IV e III são corretas.
- E) Somente as proposições I e II são corretas.

Comentários:

A única alternativa que não se coaduna com a Lei é o **item II**, pois o líder da organização não poderá ser beneficiado com o não oferecimento da denúncia, nem mesmo se for o primeiro a prestar a colaboração.

Todas as demais alternativas estão corretas, e a correta é a **letra B**, em sua literalidade com os parágrafos do art. 4.º da Lei 12.850/2013, atualizada pela Lei 13.964/2019.

38. Sobre a colaboração premiada, é correto afirmar, após as alterações da Lei 13.964/2019, que

- A) apenas o Ministério Público, como órgão titular da ação penal, está legitimado para promover o acordo.



- B) apenas o Delegado de Polícia, como órgão inicial da persecução penal, está legitimado para promover o acordo.
- C) caso o acordo não atenda aos requisitos legais, não poderá ser readequado pelas partes.
- D) o marco de confidencialidade passa a valer após o recebimento da denúncia.
- E) O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.

Comentários:

Art. 4.º, § 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A **letra A** e a **letra B** estão erradas porque podem ser realizados tanto pelo Delegado de Polícia quanto pelo Ministério Público, ficando o juiz afastado de qualquer participação na realização do negócio jurídico processual.

Art. 6.º, II.

A **letra C** está errada porque o art. 4.º, § 8º reza:

“O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.” (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

A **letra D** está errada porque o marco de confidencialidade inicia-se com o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração, nos termos do Art. 3º-B.

O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Logo, a **letra E** está correta.



39. Qual das alternativas abaixo não contém formalidade obrigatória do termo de colaboração premiada:

- A) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia.
- B) declaração de aceitação do colaborador ou de seu defensor
- C) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.
- D) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.
- E) deverá ser feito por escrito.

Comentários:

Em praticamente todas as alternativas temos os incisos do art. 6.º da Lei 12.850, exceto por um pequeno detalhe: não existe alternativa na declaração de aceitação: ou o colaborador E o seu advogado assinam, ou o ato não poderá ser homologado pelo magistrado.

Correta: letra B

40. São direito do colaborador, exceto:

- A) cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados, não valendo a regra para a prisão preventiva.
- B) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito.
- C) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes.
- D) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados.
- E) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados.

Comentários:



Art. 5.º VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Todos os demais direitos do colaborador estão corretos, nos termos dos incisos do art. 5.º da Lei 12.850/2013.

Correta: A

—

É isso, amigos.

Testes inéditos sobre temas atuais.

Excelente aprendizado.

Forte abraço, Prof. Ivan Marques

DIREITO EMPRESARIAL

41. Quanto ao empresário individual incapaz, assinale a alternativa correta:

- a) A autorização judicial para manutenção da empresa é obtida por meio de procedimento de jurisdição contenciosa, dispensada a participação do Ministério Público.
- b) Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.
- c) O incapaz não poderá continuar a empresa recebida por doação dos seus pais, ainda que com autorização judicial.
- d) Não se pode falar que o empresário incapaz possua um patrimônio de afetação, visto que responde integralmente com seu patrimônio.
- e) Excepcionalmente e desde que possua autorização judicial, o incapaz pode iniciar atividade empresarial.

Comentários.

A **alternativa A** está incorreta. O procedimento, na verdade, é de jurisdição voluntária com participação do Ministério Público (art. 178, II, NCPC).

A **alternativa B** está correta, nos termos do art. 974, § 2º, do CC. A doutrina, aliás, identifica essa especial proteção como patrimônio de afetação (ou patrimônio separado).



A **alternativa C** está incorreta. Ao aprofundar a análise do art. 974, caput, do Código Civil, **ARNALDO RIZZARDO** pontua que existem outras formas de sucessão além da por morte (“pelo autor da herança”), como: doação, dação em pagamento e adjudicação; embora não exista previsão legal nesse sentido.

“(…) Na terceira hipótese, a sucessão se dá por morte, já que transmitida a empresa pelo autor da herança, ou seja, pelo de cujus. O sucessor é incapaz, seja em face da menoridade seja por outros fatores, como doença mental. Pode ele continuar com a empresa, nomeando-se assistente ou representante. Perante o registro empresário, as seguintes situações ocorrem: tornando-se o empresário incapaz, é mantido o seu registro, porquanto continua a mesma titularidade; mudando a continuidade da titularidade da empresa, necessária a inscrição do incapaz como empresário, sem alteração dos demais dados do arquivamento. Não se excluem outras formas de sucessão, como no caso de doação, de dação em pagamento, ou de adjudicação.”
(**Arnaldo Rizzardo**⁴⁹)

A **alternativa D** está incorreta. Como lembra **GUSTAVO TEPEDINO**, o § 2º do art. 974 do CC prevê verdadeiro patrimônio de afetação:

“Tal proteção legal dirigida ao patrimônio do incapaz leva à conclusão de que, neste caso, o legislador adotou, para a limitação de responsabilidade do incapaz devidamente autorizado, a figura do patrimônio de afetação ou patrimônio em separado.” (**Gustavo Tepedino**⁵⁰)

A **alternativa E** está incorreta. Não! Não! Não! Incapaz jamais pode iniciar a atividade empresarial, apenas continuar.

⁴⁹ **RIZZARDO**, Arnaldo. *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁵⁰ **TEPEDINO**, Gustavo Jose Mendes, **BARBOZA**, Heloisa Helena, **MORAES**, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

“Convém lembrar que a autorização legal somente se refere à continuação da empresa pelo incapaz ou interdito, não se admitindo o exercício de atividade empresarial quando de incapacidade originária.” (Mônica Gusmão⁵¹)

42. A respeito da EIRELI, assinale a alternativa correta:

- a) Por conta da exigência do capital mínimo para lastrear sua atividade empresarial, o titular da EIRELI deve recompô-lo periodicamente quando houver alteração no valor do maior salário-mínimo vigente no País.
- b) A pessoa jurídica que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.
- c) O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.
- d) O magistrado pode constituir EIRELI, visto que tal pessoa jurídica não se confunde com a figura do empresário individual.
- e) Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades simples.

Comentários.

A **alternativa A** está incorreta, como bem ressaltaram os Juristas da I Jornada de Direito Comercial:

“Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário mínimo.” (Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Comercial)

A **alternativa B** está incorreta. Na verdade, essa vedação legal só existe para pessoa física.

⁵¹ **GUSMÃO**, Mônica Lições de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

“Art. 980-A, § 2º, CC. A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.”

A **alternativa C** está correta, nos termos do § 1º do art. 980-A do CC:

“Art. 980-A, § 1º, CC. O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.”

A **alternativa D** está incorreta. De fato, empresário individual e EIRELI não são a mesma coisa. Entretanto, no que tange aos magistrados, o CNJ proibiu expressamente (Autos nº 0005350-37.2016.2.00.0000, data do julgamento 07.05.2019) a constituição de EIRELI.

A **alternativa E** está incorreta. Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitada (art. 980-A, § 7º, CC).

43. Em relação ao nome de domínio, assinale a alternativa correta:

- a) O nome de domínio não pode ser considerado elemento do estabelecimento empresarial por ser bem incorpóreo.
- b) O nome de domínio não possui proteção constitucional.
- c) O nome de domínio deve ser registrado no INPI.
- d) O nome de domínio não se confunde com a figura do *domain name*.
- e) A proteção ao nome de domínio se submete ao princípio do “*First come, first served*”.

Comentários.

A **alternativa A** está incorreta. É, sim, elemento do estabelecimento empresarial:

“O nome de domínio integra o estabelecimento empresarial como bem incorpóreo para todos os fins de direito.” (Enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Comercial)

A **alternativa B** está incorreta. Conforme já destacou o STJ:



“A despeito da divergência doutrinária sobre sua natureza jurídica (direito autônomo de propriedade ou direito derivado de outro incidente sobre bem imaterial), é certo que a Constituição da República de 1998 reconhece não só proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas, mas também a quaisquer outros signos distintivos (inciso XXIX do artigo 5º), expressão que abrange, por óbvio, o nome de domínio.” (STJ, REsp 1466212/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 03/03/2017)

A **alternativa C** está incorreta. O nome de domínio deve ser registrado no Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br - <https://registro.br/>), vide Resolução nº 01/05 do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

A **alternativa D** está incorreta. Opa, são a mesma coisa: nome de domínio e *domain name*.

A **alternativa E** está correta. De acordo com esse princípio (art. 1º da Resolução 1/98, do Comitê Gestor da Internet no Brasil), que rege o registro de nomes de domínio no Brasil, o direito ao nome de domínio será conferido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do pedido, as exigências para o registro.

“(…) No Brasil, o registro de nomes de domínio na internet é regido pelo princípio ‘First Come, First Served’, segundo o qual é concedido o domínio ao primeiro requerente que satisfizer as exigências para o registro. (…).” (STJ, REsp 594.404/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013)

E, por conta disso:

“(…) a concessão do registro não dependeria de prévia apuração de eventual conflito com marcas ou nomes comerciais registrados em outros órgãos, atribuindo-se ao requerente a integral responsabilidade pela escolha do nome de domínio. (…).” (STJ, REsp 1466212/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 03/03/2017)

No mesmo sentido:

“(…) No âmbito do STJ, é pacífico o entendimento de que vigora, quanto aos nomes de domínio, o princípio first come, first served, segundo o qual o registro deve ser atribuído àquele que primeiro requerer e preencher os requisitos específicos



elaborados pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), independentemente de apuração quanto à eventual colidência com marcas ou nomes empresariais previamente concedidos a terceiros.” (STJ, REsp 1804035/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019)

44. No que tange à ação renovatória, assinale a alternativa correta:

- a) O prazo máximo da renovação contratual será de 5 (cinco) anos, ainda que a vigência da avença locatícia, considerada em sua totalidade, supere esse período.
- b) A ação renovatória não serve ao não empresário, visto que tem como base o próprio ponto empresarial.
- c) Ainda que não seja significativa, a interrupção entre os contratos escritos de locação afasta a possibilidade de *accessio temporis* para viabilizar a ação renovatória.
- d) São requisitos da ação renovatória: o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito, ainda que com prazo determinado; o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de 5 (cinco) anos e; o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de 3 (três) anos.
- e) Mesmo no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou sublocatário.

Comentários.

A **alternativa A** está correta, de acordo com o entendimento do STJ: “(...) O prazo máximo da renovação contratual será de 5 anos, ainda que a vigência da avença locatícia, considerada em sua totalidade, supere esse período, nos termos da jurisprudência desta Corte. (...)” (STJ, AgRg no AREsp 633.632/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015)

A **alternativa B** está incorreta, como já ressaltado pelo STJ, na linha do § 4º do art. 51 da Lei nº 8.245/91:

“[Trecho do corpo do acórdão:] Com a entrada em vigor da nova Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), que, por sua vez, tratou expressamente do tema, ampliou-se o direito à renovação, que deixou de visar apenas à proteção do fundo de comércio, para também proteger as outras atividades empresariais, e até as sociedades civis que não têm como objeto a atividade empresarial [sociedade não empresária], desde que visem o lucro. É o caso das escolas, das clínicas, consultórios, etc.” (STJ, REsp 1323410/MG, Rel.



Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 20/11/2013)

A **alternativa C** está incorreta. De acordo com o **STJ**, não sendo significativa a interrupção entre os contratos escritos, é possível o *accessio temporis* para viabilizar o perfazimento do prazo mínimo legal de 5 (cinco) anos:

“(…) 1. Embora inadmitida na letra mesma da lei atualmente em vigor, a existência de hiato entre os contratos escritos, por "ininterruptos" os prazos contratuais a serem somados, esta Corte Superior de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de afirmar a possibilidade do *accessio temporis*, mesmo após a edição da Lei nº 8.245/91, nas hipóteses em que for curto o período existente entre os contratos escritos. 2. Em hipóteses tais, em que mediou período razoável entre os contratos escritos - dezesseis meses -, não há como se ter como admissível a *accessio temporis*. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 61.436/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 17/04/2006, p. 217)

A **alternativa D** está incorreta, não se admitindo que o contrato de locação seja por prazo indeterminado:

“**Art. 51 Lei nº 8.245/91.** Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.”

A **alternativa E** está incorreta. Neste caso, somente o sublocatário pode ajuizar a ação renovatória.

“**Art. 51, § 1º, Lei nº 8.245/91.** O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.”

Bons estudos!



DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

45. Considere as seguintes afirmativas:

I - A aplicação da medida socioeducativa de advertência também pressupõe a observância do devido processo legal, sendo imprescindível para sua aplicação a comprovação da autoria e da materialidade do ato infracional.

II - Configurada alguma das hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a aplicação da medida de internação.

III - O regime de semiliberdade priva parcialmente o direito de liberdade do adolescente, mas não estabelece a necessidade de autorização judicial para a realização de atividades externas.

Assinale a alternativa correta:

- a) Todas as afirmativas estão incorretas.
- b) Apenas uma afirmativa está correta.
- c) Todas as afirmativas estão corretas
- d) Apenas uma afirmativa está incorreta.

Comentários

A **afirmativa I** está incorreta, haja vista que o art. 114, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a advertência pode ser aplicada caso comprovada a materialidade e existindo apenas indícios suficientes de autoria.

Também está incorreta a **alternativa II**, vez que a internação compulsória é orientada pelo princípio da excepcionalidade, de modo que sua aplicação não é obrigatória em caso de ocorrência das hipóteses legais.

Por sua vez, está correta a **afirmativa III**, vez que o regime de semiliberdade não estabelece a necessidade de autorização judicial para a realização de atividades externas, conforme se observa pelo art. 120, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Gabarito: B

46. **Questão 02. Mônica, com 15 (quinze) anos, praticou ato infracional análogo ao furto de joias, ocasionando à vítima um prejuízo patrimonial no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais). Comprovada a autoria e a materialidade, foi imposta a medida socioeducativa consistente na**



obrigação de reparar o dano. Contudo, Mônica não mais possui os objetos furtados ou patrimônio para ressarcir o prejuízo, e nem mesmo dispõe de habilidades para compensar de outra forma o dano causado.

Neste caso, poderá o juiz:

- a) Substituir a medida socioeducativa aplicada.
- b) Impor aos pais de Mônica a obrigação de reparar o dano.
- c) Impor a Mônica que trabalhe em meio período para utilizar sua remuneração para reparar o dano, sob pena de aplicação da medida de internação.
- d) Determinar que as vítimas aguardem até que ocorra alteração na condição financeira de Mônica, para que ela possa reparar o prejuízo.

Comentários

A **assertiva A** está correta. O art. 116, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que, aplicada a medida de obrigação de reparar o dano, e verificada a manifesta impossibilidade do adolescente de cumpri-la, a medida poderá ser substituída por outra adequada, mostrando-se correta esta alternativa.

A **assertiva B** está incorreta. A obrigação de reparar o dano, enquanto medida socioeducativa de caráter personalíssimo, não se estende aos pais ou responsáveis do adolescente. Assim, caso deseje a responsabilização dos pais de Mônica, deverá a vítima pleitear a reparação na esfera cível.

A **assertiva C** está incorreta. É inconstitucional a submissão do adolescente ao trabalho forçado, além de ser inaplicável a medida de internação em caso de descumprimento justificado da medida (art. 122, III, ECA).

A **assertiva D** está incorreta. A medida não deve ser aplicada por tempo indeterminado por dois motivos: i) esta se sujeita à prescrição, conforme determina a Súmula 338 do STJ; ii) quando o infrator atinge 21 (vinte e um) anos, a medida socioeducativa é extinta. Já a assertiva III está incorreta por dois motivos: i) o IBAMA é órgão executor do SISNAMA; ii) o exercício do poder de polícia pelo IBAMA é apenas em âmbito federal.

47. Em relação à medida socioeducativa de internação, assinale a alternativa correta:

- a) A internação deve ser cumprida em estabelecimento adequado. Contudo, inexistindo vagas, o adolescente poderá cumprir a internação em estabelecimento prisional, desde que separado dos reclusos adultos, até o surgimento de nova vaga.



- b) O prazo da internação será arbitrado pelo juiz no momento da sentença, observando-se as circunstâncias subjetivas do ato infracional, não podendo exceder o prazo de 03 (três) anos.
- c) A fim de resguardar interesse do adolescente, o juiz poderá suspender por prazo determinado as visitas ao adolescente internado, inclusive dos pais ou responsáveis.
- d) Por estar privado da sua liberdade, o adolescente necessita de autorização judicial para executar qualquer atividade externa.

Comentários

A **assertiva A** está incorreta. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacificado de que o adolescente não pode cumprir a internação em estabelecimento prisional, ainda que separado dos adultos (HC 202412/MG).

A **assertiva B** está incorreta. Conforme determina o art. 121, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação não é aplicada com prazo determinado, devendo ser avaliada a necessidade de manutenção, no máximo a cada 06 (seis) meses.

A **assertiva C** está correta. É autorizado ao juiz determinar a incomunicabilidade parcial do adolescente internado, suspendendo por prazo determinado suas visitas, inclusive pelos pais, em caso de prejuízo aos seus interesses (Art. 124, § 2º, ECA). Portanto, a alternativa está correta.

A **assertiva D** está incorreta. A realização de atividades externas pelo adolescente internado ficará a critério da equipe técnica da entidade, sendo desnecessária a autorização judicial, exceto nos casos de vedação da atividade por decisão judicial (art. 121, § 1º, ECA).

DIREITO AMBIENTAL

48. Em relação aos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, assinale a alternativa correta.

- a) A avaliação de impactos ambientais consiste no estabelecimento de um limite de possibilidade de poluição, para evitar o exercício de atividades degradantes ao meio ambiente de maneira desenfreada.
- b) O licenciamento ambiental é uma condição para estabelecimento e exercício de empreendimentos de possível degradação ambiental. Sua principal função é a análise prévia da viabilidade da atividade e sua compatibilidade com o desenvolvimento sustentável.
- c) As penalidades disciplinares ou compensatórias são as sanções penais fixadas em desfavor do indivíduo que comete crime ambiental.



d) O zoneamento ambiental é a proteção especial de determinadas áreas de maior relevância ao meio ambiente.

Comentários

A **alternativa A** conceituou, na verdade, o instrumento do estabelecimento de padrões de qualidade ambiental. A avaliação de impactos ambientais é o estudo prévio da degradação ambiental que pode ser causada por uma atividade potencialmente poluidora.

Está correta a **alternativa B**, vez que o licenciamento ambiental é condição para a instalação e operação de atividades potencialmente degradantes, conforme art. 10, da Lei nº 6.938/81.

As penalidades previstas como instrumentos da PNMA não possuem caráter penal, sendo aplicáveis através do exercício do poder de polícia no âmbito da administração pública. Assim, está incorreta a **alternativa C**.

A **alternativa D** descreveu o instrumento da criação de espaços territoriais especialmente protegidos. O zoneamento ambiental é a organização e delimitação de territórios de pertinência ambiental, regulamentando-se o uso e a ocupação.

49. Considere as afirmativas a seguir.

I - O Ministério do Meio Ambiente é o órgão superior do SISNAMA, com a função de formular a política nacional e as diretrizes do meio ambiente.

II - O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA - é o órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA, sendo de sua competência estudar e propor ao Governo Federal diretrizes de políticas compatíveis com o meio ambiente.

III - O IBAMA é o órgão central do SISNAMA, possuindo a atribuição do exercício do poder de polícia ambiental nos âmbitos federal e estadual. Quanto ao poder de polícia no âmbito municipal, este é exercido pelos órgãos locais.

Assinale a alternativa correta:

- a) Apenas uma alternativa está correta.
- b) Apenas duas alternativas estão corretas.
- c) Todas as alternativas estão corretas.
- d) Todas as alternativas estão incorretas.

Comentários



A **afirmativa I** está incorreta, por três motivos:

- i) o órgão superior do SISNAMA é o Conselho de Governo;
- ii) a política nacional e as diretrizes do meio ambiente são formuladas pelo Presidente da República, assessorado pelo órgão superior do SISNAMA;
- iii) a função do Ministério do Meio ambiente é coordenar e supervisionar a execução das diretrizes estabelecidas (art. 6º, I e II da PNMA).

A **assertiva II** está correta, vez que o CONAMA exerce dentro do SISNAMA a função consultiva e deliberativa.

Já a **assertiva III** está incorreta por dois motivos: i) o IBAMA é órgão executor do SISNAMA; ii) o exercício do poder de polícia pelo IBAMA é apenas em âmbito federal.

Gabarito: A

50. Analise as proposições a seguir.

I - O Sistema Nacional de Informações Sobre o Meio Ambiente - SISNIMA - é um instrumento da PNMA consistente em um instituto de pesquisas voltado a temas pertinentes ao meio ambiente.

PORQUE

II - A PNMA adota como princípio a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente.

Assinale a alternativa correta:

- a) Ambas as afirmativas estão corretas e a segunda justifica a primeira.
- b) Ambas as afirmativas estão corretas e a segunda não justifica a primeira.
- c) Apenas uma afirmativa está correta.
- d) Ambas as afirmativas estão incorretas.

Comentários

A **afirmativa I** apresenta um conceito equivocado acerca do SISNIMA. Previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 6.938/81, o SISNIMA é um sistema de divulgação e compartilhamento de dados e informações de pertinentes ao meio ambiente.

Também está incorreta a **assertiva II**, vez que a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente não é um princípio, mas um objetivo específico da PNMA, previsto no art. 4º, V, da Lei nº 6.938/81.



Gabarito: D

51. Analise as seguintes ações ambientais.

I - Diminuição da alíquota de determinado imposto para empresas que desenvolvam sua atividade econômica potencialmente poluidora utilizando de tecnologias com menor impacto ambiental.

II - Divulgação anual, pelo IBAMA, de análise do uso dos recursos ambientais e do estado atual do meio ambiente.

III - Estabelecimento de obrigação ao Poder Público de produzir e fornecer informações referentes ao Meio Ambiente para fins de fiscalização e conscientização.

Assinale a alternativa que relacione cada ação supracitada ao instrumento da PNMA compatível.

a) I - Incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

II - Relatório de qualidade do meio ambiente;

III - Garantia de prestação de informações relativas ao meio ambiente;

b) I - Instrumentos econômicos;

II - Avaliação de impactos ambientais;

III - Relatório de qualidade do meio ambiente;

c) I - Incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

II - Garantia de prestação de informações relativas ao meio ambiente;

III - Avaliação de impactos ambientais;

d) I - Instrumentos econômicos;

II - Relatório de qualidade do meio ambiente;

III - Garantia de prestação de informações relativas ao meio ambiente;

Comentários



A **assertiva I** trata-se do instrumento previsto no art. 9º, V da Lei nº 6.938/81:

“incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental” .

No caso, cuida de um incentivo fiscal à instalação de tecnologias que causem menos degradação ambiental.

O relatório de qualidade ambiental está descrito no **item II**, previsto no art. 9º, X, Lei nº 6.938/81.

Já a **assertiva III** se refere à garantia de prestação de informações relativas ao meio ambiente (art. 9º, XI, da Lei nº 6.938/81).

Gabarito: A

DIREITO ELEITORAL

Olá pessoal! Agora trago para vocês duas questões inéditas sobre um assunto atual, que certamente será explorado em provas objetivas e dissertativas da magistratura estadual, a **fraude na cota de gênero/candidatura feminina fraudulenta**.

52. Acerca da cota de gênero no registro de candidatura para as eleições proporcionais, é correto afirmar:

- a) A quantidade de candidaturas femininas registradas por um partido não impacta na quantidade de candidaturas masculinas registradas pelo partido, eis que as candidaturas não são vinculadas por sexo.
- b) Da quantidade de candidatos que podem ser registrados pelos partidos, os partidos devem registrar no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo.
- c) A candidatura feminina formalmente registrada na justiça eleitoral que, em verdade, não representa candidatura alguma, pois a “suposta candidata”, apesar de registrada como se candidata fosse, não disputa efetivamente o pleito eleitoral, configura fraude na cota de gênero.
- d) A fraude na cota de gênero somente pode ser discutida por meio de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, não podendo ser objeto de discussão por meio de Ação de Investigação Judiciária Eleitoral.
- e) Na ação que apure a existência de fraude na cota de gênero os dirigentes partidários devem integrar a lide como litisconsórcios passivos necessários.

Comentários



A resposta à questão passa pela compreensão do art. 10, § 3º da lei das eleições (lei 9.504/97) e da jurisprudência do TSE, especialmente da decisão proferida no ano de 2019 quando do julgamento do Respe 193.92.2016.6.18.0018/PI, oportunidade em que o Tribunal enfrentou o tema da fraude na cota de gênero em virtude da identificação de candidaturas femininas “de fachada”.

A **alternativa A está errada**, pois, conforme previsto no art. 10, § 3º da lei das eleições, nas eleições proporcionais, do número de vagas registráveis, cada partido preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

A **alternativa B também está errada**, pois, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, o percentual 70/30 deve ser aplicado ao número de candidatos que for efetivamente registrado pelo partido e, não, ao número de candidatos que poderiam ser registrados pelo partido.

A **alternativa C está correta**, pois, o registro de uma candidatura que se apresenta meramente formal, pois a “suposta candidata”, em verdade, não disputa efetivamente o pleito eleitoral, configura uma candidatura feminina “de fachada”, fraudulenta, configurando fraude na cota de gênero.

A **alternativa D está errada**, pois o TSE decidiu que é possível discutir fraude na cota de gênero por meio de Ação de Investigação Judiciária Eleitoral (AIJE). Apesar de não constar expressamente no texto legal que institui a AIJE (art. 22 da LC /64/90) a possibilidade de utilizar a ação para discutir fraude, o TSE construiu que a prática de fraude na cota de gênero deveria ser compreendida como uma espécie de abuso de poder, pois toda fraude seria uma conduta abusiva, e, como é cabível discutir abuso de poder em AIJE, seria possível assim discutir a fraude na cota de gênero em AIJE.

A **alternativa E está errada**, pois o TSE decidiu que não há litisconsórcio passivo necessário com os dirigentes partidários, só se justificando a presença deles na lide se lhes for imputada alguma conduta.

53. Identificada fraude na cota de gênero no registro de candidatura para as eleições proporcionais, em virtude de candidaturas femininas “de fachada”, deve o órgão competente da justiça eleitoral:

- a) Cassar o registro/diploma de todos os candidatos registrados pelo partido e pronunciar a inelegibilidade de todos os candidatos registrados pelo partido.
- b) Cassar o registro/diploma apenas das candidatas femininas fraudulentas e pronunciar a inelegibilidade apenas dessas candidatas.



- c) Cassar o registro/diploma apenas das candidatas femininas fraudulentas e pronunciar a inelegibilidade de todos os candidatos registrados pelo partido.
- d) Cassar o registro/diploma de todos os candidatos registrados pelo partido e pronunciar a inelegibilidade apenas dos candidatos que tiverem cometido, praticado ou anuído com a fraude.
- e) Cassar o registro/diploma apenas das candidatas femininas fraudulentas e não pronunciar a inelegibilidade de nenhum candidato.

Comentários

A resposta à questão passa pela compreensão do art. 10, § 3º da lei das eleições (lei 9.504/97) e da jurisprudência do TSE, especialmente da decisão proferida no ano de 2019 quando do julgamento do Respe 193.92.2016.6.18.0018/PI, oportunidade em que o Tribunal enfrentou o tema da fraude na cota de gênero em virtude da identificação de candidaturas femininas “de fachada”.

A **alternativa correta é a alternativa D**, conforme entendimento que foi adotado pelo Tribunal no julgamento do caso mencionado.

A Corte entendeu que, caracterizada a fraude, a cassação do registro/diploma não requer prova inconteste da participação ou anuência dos candidatos, aspecto subjetivo que é imprescindível apenas para imposição da inelegibilidade para eleições futuras. Desse modo, a fraude na cota de gênero implica a cassação de todas as candidaturas registradas pela legenda ou coligação, sendo que, entender em sentido diverso incentivaria e beneficiaria a prática de fraude, eis que dificilmente atingiria os candidatos eleitos.

Em relação à inelegibilidade, o Tribunal firmou entendimento que a inelegibilidade não poderia atingir todos os candidatos, mas apenas os candidatos que cometeram, participaram ou anuíram com a conduta fraudulenta, e isso porque inelegibilidade tem natureza subjetiva, não podendo atingir candidatos que não tiveram envolvimento com a conduta, ainda que tenham sido beneficiados pela conduta fraudulenta.

DIREITO DO CONSUMIDOR

54. (CESPE – DP/DF) No que concerne às relações de consumo, aos direitos básicos do consumidor e à decadência, julgue o item subsequente.

Prevalece no STJ entendimento no sentido de que é considerado consumidor apenas a pessoa física ou a pessoa jurídica que adquire os bens de consumo para uso privado, mesmo que não relacionados a sua atividade profissional.



Comentários

Embora consagre o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e sociedades empresárias em que, mesmo a sociedade empresária utilizando os bens ou serviços para suas atividades econômicas, fique evidenciado que ela apresenta vulnerabilidade frente ao fornecedor. Diz-se que isso é a teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada.

Gabarito: ERRADO

55. (CESPE – PGE/BA – Procurador do Estado) Com base no que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, julgue o item seguinte.

As pessoas jurídicas de direito público podem ser consideradas consumidores, desde que presente a vulnerabilidade na relação jurídica.

Comentários

A banca considerou este item como verdadeiro, em decorrência da aplicação da Teoria Finalista Mitigada, o STJ tem autorizado a incidência do CDC nas hipóteses em que o contratante (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente destinatário final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade ou submetido à prática abusiva.

Gabarito: CERTO.

56. (FCC – TJ/PE - Magistrado) – Adaptada No tocante às relações de consumo, pode-se falar em consumidor por equiparação à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Comentários

Em conformidade com o disposto no art. 2º, parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Gabarito: Item Verdadeiro.

57. (CESPE DPE/AL) – Adaptada A necessidade de proteção dos destinatários finais dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo abarca as pessoas humana e jurídica, com o objetivo de tutelar a vulnerabilidade e a hipossuficiência dos consumidores.

A partir dessa informação, julgue os itens a seguir:



Item I - Em circunstâncias específicas, pessoas que não firmaram qualquer contrato de consumo podem ser equiparadas a consumidores, para fins de proteção.

Item II - Com base na teoria finalista, a condição de destinatário final do produto não é requisito essencial para a classificação da pessoa física ou jurídica como consumidora.

Item III - A teoria maximalista amplia sobremaneira o alcance da relação de consumo, mas não abarca as pessoas jurídicas, devido ao fato de considerar que estas jamais se encontrarão em situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Comentários

Gabarito: Item I – Verdadeiro.

Item em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, CDC. São os chamados “bystanders”.

Item II – Falso

Para a Teoria Finalista, é fundamental o consumidor ser o destinatário final do produto ou serviço.

Item III – Falso

Para a Teoria Maximalista, destinatário final é o destinatário fático do produto ou serviço, isso é, basta a retirada do produto do mercado de consumo, pouco importando sua ulterior destinação ou utilização econômica.



QUESTÕES SUBJETIVAS COMENTADAS

DIREITO CONSTITUCIONAL

Amigos e amigas, para fechar com chave de ouro, bora discutir umas discursivas (questões subjetivas) dentro dos temas que propomos para essa rodada.

Reforçaremos o que já aprendemos, consolidaremos o conhecimento e (muito importante), ainda, aprenderemos a produzir com o que coletamos até agora.

58. O pós-positivismo, modelo considerado marco filosófico do neoconstitucionalismo, tem como teses centrais a normatividade dos princípios, a centralidade da argumentação jurídica, e a ligação necessária entre direito e moral. Explique essas teses. Em continuidade, disserte sobre as três facetas do pós-positivismo: metodológica, ideológica e jurídica. Por fim, esclareça se o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo são sinônimos ou se há diferenças entre eles. Justifique.

Comentários:

Lembre-se das teses centrais pós-positivismo: a) a normatividade dos princípios, que passam a ser espécie do gênero norma e ter força normativa; (b) a centralidade da argumentação jurídica, uma vez que o direito justo é aquele que convence os destinatários da decisão; e (c) a ligação necessária entre direito e moral – o direito extremamente injusto (imoral) não é direito.

Quando ao aspecto “B”. Para DWORKIN, a argumentação moral constrói um conjunto de princípios que justifica e confere sentido às instituições jurídicas. Os conceitos morais preenchem o direito justo. Para ALEXY, as normas perdem a qualidade jurídica (não a validade) quando ultrapassam o limite da injustiça ou da iniquidade. A correção substancial (moral) limita o direito injusto.

O verdadeiro (absoluto) deixa de existir. Não há uma única solução correta – é mais adequado se falar em decisão razoável (não é a única entre as possíveis). O direito não é ciência natural, mais prudência, aproximando-se mais da arte (em seu âmbito, a argumentação e o convencimento são os princípios diretores).

Não sem razão, o Judiciário tem o ônus de convencer a população, em cada julgamento, de que aquela é a melhor decisão, a maneira mais justa de solucionar o caso – tanto o Judiciário quanto o Legislativo são representantes do povo, mas atuam de maneiras diferentes (o Legislativo atua democraticamente; o Judiciário atua argumentativamente).



Cabe, em seguida, dissertar sobre as três facetas do pós-positivismo: (a) **pós-positivismo metodológico**: questiona a separação entre prescrição (dever ser) e descrição (ser); (b) **pós-positivismo ético**: a segurança jurídica (tutelada pelo positivismo) pode ser afastada excepcionalmente em nome da justiça; (c) **pós-positivismo teórico**: 1) substituição do legicentrismo juspositivista pela centralidade da Constituição; 2) os princípios, junto com as regras, passam a ser vistos como espécies do gênero norma; 3) os casos difíceis exigem novos cânones interpretativos (argumentação jurídica e pela ponderação).

São características dos pós-positivismo: (a) as fontes do direito não se resumem ao poder social (norma), englobando a moral, os ideais de justiça; (b) há uma interligação direta entre o direito, a moral, a filosofia e a política; (c) a atividade jurídica deve se conformar com ideais éticas, morais e de justiça; (d) relevância dos casos difíceis (hard cases); (e) reabilitação dos princípios, que deixam de ser mera exortação e passam a ter força normativa; (f) busca um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo (terceira via).

Por fim, o pós-positivismo é considerado marco filosófico (base, fundamento) do neoconstitucionalismo. Enquanto o primeiro tem pretensão de universalidade (serve a qualquer ordenamento jurídico), o segundo se volta apenas aos estados que possuam constituições normativas e garantistas. Enquanto o primeiro traça uma conexão necessária entre direito e moral, o segundo adota uma conexão contingente (não se deve recorrer a moral externa à constituição).

RÉGUA de correção:

Questão	Espelho	Composição da Nota
Explique as teses do centrais pós-positivismo.	a) a normatividade dos princípios; (b) a centralidade da argumentação jurídica; e (c) a ligação necessária entre direito e moral.	30%
Disserte sobre as três facetas do pós-positivismo.	Pós-positivismo metodológico. Pós-positivismo ético. Pós-positivismo teórico e suas três subdecorrências.	40%
Esclareça as diferenças entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo são.	O Pós-positivismo como marco do neoconstitucionalismo. Pretensão de universalidade. Relação entre direito e moral.	40%

59. No trato dos direitos sociais, dois temas são foco de debates acalorados: o mínimo existencial e a reserva do possível. Elucide minuciosamente ambos os conceitos, inclusive referindo seu núcleo teórico e aplicação prática. Por fim, explique de que forma se resolve um conflito entre ambos, citando eventuais divergências doutrinárias.

Comentários:

O mínimo existencial é um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna. Há quem entenda que não existe um conteúdo específico no mínimo existencial. Logo, em cada época e em cada sociedade vai se construindo. É possível traçá-lo com base em alguns parâmetros: dignidade da pessoa, liberdade material e estado social. Mas há quem procure traçar um contorno mais palpável e fixo, elencando direitos como a educação fundamental, saúde, assistência social, e acesso à Justiça.

A reserva do possível, por sua vez, é uma espécie de exceção apresentada, em que o Estado não questiona o direito, mas sim sua capacidade para prestar aquele direito no contexto atual (contingenciamento). A ideia surge na Alemanha, quando a Suprema Corte Germânica reconheceu que é mesmo desejável que as pessoas tenham acesso a uma série de bens fundamentais (como o ensino superior), mas nem sempre se pode implementar tal acesso por meio do Estado. Não há como exigir que o Estado forneça a todos os cidadãos a universalidade dos bens sociais por uma questão de reserva do possível. O Estado não tem como atender a todas as demandas sociais, devendo se concentrar no que lhe é possível naquele momento histórico.

Há autores que entendem que em relação ao mínimo existencial, NÃO se pode alegar qualquer exceção, sequer a reserva do possível. Logo, o mínimo existencial tem caráter absoluto. Aliás, há quem diga que a reserva do possível se aplica à Alemanha, onde um conjunto de direitos (mínimo existencial) é efetivamente garantido à população. No Brasil, sequer seria cabível tal aplicação. Por outro lado, há posicionamentos em sentido diametralmente oposto: a reserva do possível se aplica no direito brasileiro com muito mais razão, porque aqui as limitações orçamentárias são muito maiores do que em países ricos como a Alemanha. Desse modo, diante do mínimo existencial, exige-se um ônus argumentativo muito maior do Estado no que se refere à reserva do possível, ou seja, cabe ao Estado demonstrar de forma bastante ampla e profunda que, realmente, no caso concreto, não tem como atender ao direito pleiteado.

RÉGUA de correção:

Questão	Fundamento	Composição da Nota
---------	------------	--------------------



Conceito de mínimo existencial.	Conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna.	30%
Conceito de reserva do possível.	○ Estado não tem como atender a todas as demandas sociais, devendo se concentrar no que lhe é possível.	30%
Solução de conflito entre ambos.	○ mínimo existencial tem caráter absoluto (sempre prevalece) x ○ mínimo existencial tem caráter relativo (exige um ônus argumentativo maior do Estado).	40%

Considerações Finais

Agora sim!!!

Preparação mais completa impossível: tema + questões objetivas + questões subjetivas. É para encarar qualquer prova de frente!

Um forte abraço e bons estudos.

DIREITO ADMINISTRATIVO

60. Determinado município iniciou procedimento licitatório na modalidade concorrência para contratar a locação de veículos de passeio para servirem a diversas finalidades de interesse público. Dentre as condições estabelecidas no edital, constam as seguintes:

- (i) a exigência de que os veículos objeto da locação devem, obrigatoriamente, ter seus respectivos Certificados de Registro de Veículos expedidos no próprio município licitante;
- (ii) o estabelecimento de critérios de preferência para veículos que comprovem redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos poluentes.

As condições acima destacadas podem ser consideradas lícitas à luz dos princípios e das leis aplicáveis às licitações?

Comentários:

A questão versa sobre tema de curial importância no que se refere às licitações públicas, relativos à aplicação do princípio da isonomia.

Em relação à primeira das exigências, ela deve ser considerada ilícita. Inexiste previsão legal que autorize qualquer privilégio aos bens e serviços produzidos no próprio local em que realizada a



licitação. Ademais, o artigo 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993 expressamente veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

Pode-se dizer que a previsão atenta contra a legítima expectativa individual de quem pretende participar do certame e vulnera o interesse público, diminuindo a eficiência do procedimento licitatório, em razão da diminuição do universo de participantes aptos.

Ademais, o artigo 19, III, da Constituição Federal expressamente veda aos municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

As desigualdades entre sujeitos ou situações jurídicas no campo das licitações e contratos somente se justificam quando voltadas ao melhor e mais eficiente cumprimento do objeto licitado e, ainda assim, desde que não sejam desarrazoadas e estejam em conformidade com o sistema jurídico-constitucional, sob pena de restar vulnerado o princípio da isonomia.

Questão similar já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu inconstitucional legislação municipal que previa condição similar:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade movida na origem. Lei do Município de São Paulo nº 13.959/05, a qual exige que “os veículos utilizados para atender contratos estabelecidos com a Administração Municipal, Direta e Indireta, devem, obrigatoriamente, ter seus respectivos Certificados de Registro de Veículos expedidos no Município de São Paulo”. Exigência que não se coaduna com os arts. 19, inciso III, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Precedentes.

1. A exigência constante da Lei nº 13.959/05 do Município de São Paulo, além de malferir a legítima expectativa individual de quem queira participar de certame público, ofendendo direito individual, vulnera o interesse público, direito da coletividade, pois, com a redução do universo de interessados em contratar, não se garante à Administração a oferta mais vantajosa.
2. É certo que as desigualdades entre sujeitos ou situações jurídicas no campo das licitações e contratos somente se justificam quando voltadas ao melhor e mais eficiente cumprimento do objeto licitado/contratado e, ainda assim, desde que não sejam desarrazoadas e estejam em conformidade com o sistema jurídico-constitucional, sob pena de restar vulnerado o princípio da isonomia.
3. Consoante a jurisprudência firmada na Corte no exame de situações similares, o diploma em epígrafe ofende, ainda, a vedação a que sejam criadas distinções entre brasileiros ou preferências entre os entes da Federação constante do art. 19, inciso III, da CF/88.



4. Considerando que, no corpo da decisão agravada, afastou-se a inconstitucionalidade formal afirmada pela Corte de origem, mantendo a inconstitucionalidade material, constata-se erro material na parte dispositiva da decisão, que negou seguimento ao recurso extraordinário.

5. Agravo regimental parcialmente provido tão somente para corrigir erro material na decisão agravada, fazendo constar na parte dispositiva que “dou parcial provimento ao recurso extraordinário”.

(RE 668810 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 09-08-2017 PUBLIC 10-08-2017)

A segunda exigência, por seu turno, está de acordo com o entendimento contemporâneo acerca dos objetivos da licitação, que também incluem a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. É o que alguns autores denominam princípio da licitação sustentável.

Diversos diplomas legais já preveem a possibilidade de estabelecimento de critérios de preferência nas licitações para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

Dessa forma, é admitida a previsão de critérios discriminatórios em benefício de licitantes que atendam às normas ambientais e às exigências do desenvolvimento sustentável.

61. Após o término de procedimento licitatório realizado por determinado município para a aquisição de computadores para uso nas repartições públicas, a licitante “A” sagrou-se vencedora. Alguns dias após o encerramento do procedimento, determina empresa “B” ofereceu à municipalidade objeto idêntico ao licitado, nas mesmas condições do contrato previsto no edital da licitação realizada, por preço 20% (vinte por cento) inferior àquele constante da proposta vencedora apresentada pela licitante “A”. Por entender que a proposta apresentada por “B” melhor atendia ao interesse público e por haver necessidade de retenção de despesas no município, o prefeito revogou a licitação anteriormente realizada e contratou diretamente com a empresa “B” a aquisição dos materiais.

Diante dessa hipótese concreta, responda:

a) o procedimento adotado pelo município está correto? Analise a questão à luz dos princípios e das leis aplicáveis às licitações.

b) o licitante “A” tem o direito a ser indenizado pela municipalidade em razão da não celebração do contrato administrativo?

Comentários:



A questão versa sobre o chamado princípio da adjudicação compulsória aplicável às licitações.

a) O procedimento adotado pelo município está incorreto, uma vez que vai de encontro ao princípio da adjudicação compulsória, que veda a entrega do objeto licitado mediante contratação com terceiros, preterindo-se aquele que se sagrou vencedor no procedimento licitatório.

O princípio encontra-se normatizado na Lei 8.666/1993, nos termos do seu artigo 50, que veda à administração “celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

A revogação da licitação, muito embora permitida, somente é possível “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”, nos termos do artigo 49 da Lei 8.666/1993. A leitura desta disposição legal em conjunto com aquela do artigo 50 da mesma lei leva à conclusão de que a apresentação de proposta extemporânea por terceiros, ainda que mais vantajosa, não é justificativa válida para a revogação do procedimento licitatório.

Anote-se que a contratação perante o terceiro está eivada de nulidade, à luz da norma expressa do artigo 50.

b) Caso ao vencedor da licitação não seja adjudicado o seu objeto, este terá direito a indenização correspondente ao valor que deixou de ganhar por força da revogação.

O artigo 49, § 1º, da Lei 8.666/1993 afirma que a obrigação de indenizar a administração somente restaria afastada para a hipótese de nulidade do procedimento licitatório, e não para a hipótese de revogação.

Questão idêntica já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO INJUSTIFICADA. INDENIZAÇÃO.

A revogação da licitação, após a adjudicação, com a entrega do respectivo objeto, mediante contratação direta, a terceiro que dela não participou, constitui ilegalidade flagrante.

A proposta mais favorável de terceiro, após o término do processo licitatório, não constitui justa causa para a revogação da licitação.

A indenização deve corresponder ao que o licitante bem sucedido deixou de ganhar por força da revogação injustificada da licitação.

Embargos de declaração rejeitados”.



(EDcl no REsp 1153354/AL, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 12/09/2014)

DIREITO PENAL

62. Leonardo foi processado criminalmente pela conduta prevista no art. 157, do Código Penal, por supostamente ter roubado o celular de Júlia, mediante grave ameaça. Durante a instrução, a vítima e as testemunhas ouvidas confirmaram a autoria e a materialidade. Em seu interrogatório, Leonardo confessou ter roubado o celular da vítima, mas afirmou que o fez porque “sempre foi pobre e não sabia outro meio para conseguir dinheiro”. Em alegações finais, a defesa alegou que o réu é uma vítima da desigualdade social e que nunca teve o devido acesso a educação e a oportunidades de trabalho, razão pela qual veio a cometer o crime.

Com base nesta narrativa, responda:

- a) Nomeie e conceitue o instituto jurídico utilizado pela defesa no argumento narrado.
- b) A circunstância narrada pela defesa tem possibilidade de eximir o réu da responsabilização penal?
- c) O argumento apresentado pela defesa pode ser considerado favoravelmente ao réu na dosimetria da pena?

Comentários

A alegação da defesa teve como base a teoria da coculpabilidade, consistente na alegação de responsabilidade do Estado e da sociedade em crimes praticados por agentes marginalizados pela desigualdade social e negligenciados quanto aos seus direitos fundamentais.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de inaplicabilidade da coculpabilidade como justificativa para a prática criminosa, haja vista se tratar esta de uma escolha pessoal do indivíduo (HC 187132/MG).

A jurisprudência majoritária entende pela possibilidade de reconhecimento da coculpabilidade como atenuante genérica da pena, desde que demonstrado efetivamente que a omissão estatal foi causa determinante, ainda que parcialmente, à prática da ação criminosa (STJ - HC 411243/PE).



Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) quanto ao conceito de coculpabilidade;	O argumento narrado trata-se do instituto doutrinário da coculpabilidade, que considera a omissão estatal como causa da prática criminosa.	30%
b) quanto a possibilidade de a coculpabilidade excluir da responsabilização do agente;	Não é possível. Jurisprudência majoritária do STJ	40%
c) quanto a consideração da coculpabilidade na dosimetria da pena;	Pode ser considerada, desde que comprovado que constituiu causa determinante do crime. Jurisprudência majoritária do STJ.	30%

63. Davi seguia viagem de carro sozinho, quando foi abordado por dois assaltantes que roubaram seu carro e demais pertences. Os assaltantes ainda obrigaram Davi a ingerir uma garrafa de vodka, deixando-o sozinho e embriagado na estrada. Menos de vinte minutos depois, Davi foi encontrado por Augusto, que tentou ajuda-lo. Completamente transtornado, Davi acabou agredindo Augusto, causando-lhe lesões corporais graves.

Com base nesta narrativa, responda:

- Qual a espécie de embriaguez sob a qual Davi estava sob efeito no momento dos fatos e sua consequência no que se refere à conduta de Davi?
- Qual a teoria adotada pelo Código Penal em relação à culpabilidade do agente em caso de embriaguez?

Comentários

Davi agiu sob efeito de embriaguez por força maior, eis que se embriagou em razão de uma força externa que o obrigou a ingerir a bebida alcoólica. Como consequência, Davi será considerado inimputável, afastando-se a culpabilidade do agente.

O Código Penal adota a teoria *actio libera in causa*, de forma que a embriaguez somente será considerada uma causa de inimputabilidade do agente caso seja proveniente de caso fortuito ou força maior.



Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) quanto à classificação da embriaguez;	Trata-se de embriaguez proveniente de força maior. Art. 28, §1º, do Código Penal.	40%
b) quanto à influência da embriaguez na culpabilidade do agente	A embriaguez voluntária ou culposa não exclui a culpabilidade, somente aquela decorrente de caso fortuito ou força maior. Art. 28, do Código Penal.	60%

DIREITO PROCESSUAL PENAL

64. Numa determinada ação penal por roubo, após ser citado e estando foragido, o réu não foi submetido a reconhecimento pessoal. Não obstante, havia reconhecimento fotográfico realizado no inquérito policial, reconhecimento este que foi confirmado em juízo, durante a audiência, pelas vítimas. Pergunta-se: esse reconhecimento fotográfico pode ser usado como prova? O juiz poderá se valer dele como um dos fundamentos para a condenação? O procedimento previsto no art. 226 do CPP é obrigatório e, na falta, anula a prova?

Comentários

É fato que existe uma disciplina legal para a forma de se realizar os reconhecimentos pessoais e ela está consolidada no art. 226 do CPP; forma que, inclusive, terá aplicação no reconhecimento de objetos naquilo que for aplicável (art. 227).

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;



III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Todavia, a jurisprudência compreende que essas disposições não são determinantes para a validade do ato; seriam “meras recomendações, cuja inobservância não causa, por si só, a nulidade”. Por outro lado, o “reconhecimento fotográfico não é inválido como meio de prova” (HC 427.051/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018).

Sendo assim, o reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação e confirmado pelas vítimas em juízo pode ser utilizado como prova. Essa é a ideia consolidada na Tese nº 7 do Jurisprudência em Teses (edição nº 105) do STJ:

7) O reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação.

Então, embora não constitua um reconhecimento ‘formal’, o reconhecimento fotográfico também poderá ser usado como meio de prova, desde que submetido a contraditório e ampla defesa. E quanto ao valor de convencimento? Quem atribui valor ou credibilidade às mais diversas provas é o juiz (persuasão racional), de acordo com o conjunto e contexto probatório. Sistema do livre convencimento motivado e não da prova tarifada.

O juiz poderá usar do reconhecimento informal ou fotográfico como prova para efeito de condenar o réu, desde que não seja a única (precisará de mais subsídios probatórios), não esteja isolada, e o faça de forma fundamentada.

65. Em determinado procedimento, João responde por maus tratos (Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa) e resistência (Pena - detenção, de dois meses a dois anos), em concurso material. A competência para apuração dessas infrações será do Juizado Especial Criminal? João terá direito subjetivo à transação penal?

Comentários

A competência do Juizado é ditada pela Lei 9.099, de 1995:



Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

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

A competência NÃO será do Juizado Especial; ao contrário, será de uma Vara Criminal (juízo comum). Isso porque deve ser observada a opção de política criminal do legislador quando erigiu as figuras do concurso material, concurso formal e crime continuado (arts. 69 a 71 do CP), inclusive para efeito de definir o juízo competente ou mesmo o procedimento. Ou seja: deve ser considerada a soma (no caso de concurso) ou o aumento (no caso de concurso formal e crime continuado).

Nesse sentido a Tese nº 10, da edição nº 96, do Jurisprudência em Teses do STJ:

10) Na hipótese de apuração de delitos de menor potencial ofensivo, deve-se considerar a soma das penas máximas em abstrato em concurso material, ou, ainda, a devida exasperação, no caso de crime continuado ou de concurso formal, e ao se verificar que o resultado da adição é superior a dois anos, afasta-se a competência do Juizado Especial Criminal.

No nosso exemplo, em se tratando de concurso material, se somarmos as penas máximas teremos o resultado de 3 anos, o que afasta a competência do Juizado.

João também NÃO terá proposta de transação penal, benefício aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo, segundo jurisprudência predominante.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. INSTITUTO QUE DEVE SER AVALIADO MEDIANTE O SOMATÓRIO DAS PENAS. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 756.828/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015)

Essencialmente, o que a jurisprudência dos tribunais superiores tem feito é equiparar os benefícios da transação e da suspensão condicional do processo para aplicar o entendimento consolidado nas Súmulas 723 do STF e 243 do STJ.



Súmula 243, STJ - O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano.

O enunciado estabelece a necessidade de soma ou aumento em decorrência do concurso ou da continuidade; não seria cabível transação, então, ao se constatar que a pena máxima supera 2 anos – seja pelo somatório, seja pelo acréscimo.

Esse entendimento, segundo o Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicado inclusive no caso de concurso entre crime comum e infração de menor potencial ofensivo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO E CRIME AMBIENTAL. DELITOS CUJAS PENAS ULTRAPASSAM OS LIMITES PREVISTOS NA LEI 9.099/1995. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL OU DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ENUNCIADO 243 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...] 1. Nos termos do enunciado 243 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, "o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano". 2. **O mesmo entendimento é aplicável à transação penal, que não pode ser ofertada aos acusados de crimes cuja pena máxima, considerado o concurso material, ultrapasse 2 (dois) anos, limite para que se considere a infração de menor potencial ofensivo.** Precedente. 3. Na espécie, o recorrente foi acusado de praticar, em concurso formal, os crimes previstos nos artigos 2º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998, cujas penas máximas são, respectivamente, de 5 (cinco) anos de detenção e de 1 (um) ano de detenção, as quais, somadas, ultrapassam os limites previstos na Lei 9.099/1995, o que demonstra que, quando iniciada a ação penal em apreço, não fazia jus aos benefícios da transação penal ou da suspensão condicional do processo. [...] (RHC 66.196/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016)

Finalmente, cumpre pontuar que, diferente do que consta no enunciado da questão, a jurisprudência atual reconhece a transação (assim como a suspensão condicional do processo) como um poder-dever do Ministério Público, não como um 'direito subjetivo' do pretendo beneficiário. Com relação à natureza jurídica, seria como um instituto ou mecanismo de discricionariedade regrada cuja legitimidade de proposta é do Ministério Público, que avalia os requisitos legais e deve proceder de forma fundamentada.



Interessante pontuar, a título de atualização, que agora temos outro benefício, implementado pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), consistente no acordo de não persecução penal (ANPP). Tem seus requisitos próprios, é verdade (art. 28-A do CPP), mas com pontos de relação com a transação e com a suspensão condicional do processo. A título de exemplo, veja-se o disposto nos §§ 2º e 11 do art. 28-A do CPP:

Art. 28-A. § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Ou seja: a pessoa não terá ANPP se foi anteriormente beneficiada, num prazo de 5 anos, com transação ou suspensão condicional do processo.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Olá pessoal! Para encerrar nossa participação aqui, vamos discutir questão discursiva no âmbito da Legislação Penal Especial, tema igualmente relevante na magistratura estadual: o retardamento da prisão em flagrante ou ação controlada.

66. Com receio de ser preso, Airton procura o gabinete do promotor de justiça de sua Comarca e, isoladamente, apresenta uma proposta de colaboração premiada. Confessa todos os seus delitos, informa que cessaram as suas atividades criminosas e que não é o líder da organização. Como não tinha conhecimento prévio dos fatos e por ser o colaborador o primeiro a falar, o representante do Parquet declara extinta a sua punibilidade, independente de homologação judicial. Em seguida, oferece denúncia criminal contra o delatado.

A partir do caso:

- discorra a respeito dos vícios de formalidade presentes na narrativa do caso hipotético.
- qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à ordem de oitiva do colaborador e do réu delatado?



c) apresente a evolução normativa sobre a ordem de apresentação dos atos processuais entre colaborador e réu delatado, no âmbito das organizações criminosas.

Comentários:

a) O primeiro vício foi a realização de tratativas desacompanhado de seu advogado.

A lei assim trata do tema:

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

O segundo vício apresentado no enunciado da questão discursiva diz respeito à extinção da punibilidade do colaborador, prêmio não previsto na legislação, salvo se decorrente de perdão judicial após sentença criminal proferida pelo juiz natural da causa. Não pode o Ministério Público premiar efetivamente o colaborador com a extinção da punibilidade, poderá, apenas, deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;
II - for o primeiro a prestar efetiva e válida colaboração. (art. 4.º, § 4.º, da Lei 12.850/2013).

b) Informativo do STF n. 949 - 26 a 30 de agosto de 2019

2ª Turma * Colaboração premiada e ordem da apresentação de alegações finais
No mérito, prevaleceu o voto do ministro Ricardo Lewandowski, no que acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes e pela ministra Cármen Lúcia.
Entendeu evidente a ocorrência de constrangimento ilegal. Nesse sentido, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa deve permear todo o processo legal, garantindo-se sempre a possibilidade de manifestações oportunas da defesa, bem como a possibilidade de se fazer ouvir no julgamento e de oferecer, por último, os

memoriais de alegações finais. Pouco importa, na espécie, a qualificação jurídica do agente acusador: Ministério Público ou corréu colaborador.

A colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova (Lei 12.850/2013, art. 3º, I) (1). Permitir, pois, o oferecimento de memoriais escritos de réus colaboradores, de forma simultânea ou depois da defesa — sobretudo no caso de utilização desse meio de prova para prolação de édito condenatório — comprometeria o pleno exercício do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder reagir às manifestações acusatórias.

O direito de a defesa falar por último decorre do sistema normativo, como se depreende do Código de Processo Penal (CPP). A inversão processual consagrada pela intelecção que prestigia a manifestação final de réus colaboradores por último, ou simultaneamente, ocasiona sério prejuízo ao delatado, que não pode se manifestar para repelir os argumentos eventualmente incriminatórios ou para reforçar os favoráveis.

Inexistente dispositivo processual expresso, é evidente que, sob pena de nulidade, os réus colaboradores não podem se manifestar por último, em razão da carga acusatória que existe em suas informações.

Fere, igualmente, as garantias de defesa, todo expediente que impede o acusado, por meio do defensor, de usar sua palavra por último. Isso porque, independentemente de estar despida de roupagem acusatória, a peça processual das alegações finais, ao condensar todo o histórico probatório, pode ser determinante ao resultado desfavorável do julgamento em relação ao acusado, o que legitima este a merecer a oportunidade de exercitar o contraditório.

O prejuízo da defesa é, portanto, indubitável. Só se poderia afastar o nexo entre o defeito processual e a certeza do prejuízo da defesa se o resultado do julgamento tivesse sido favorável a ela. Isso não se verifica na hipótese de condenação.

(STF - HC 157627 AgR/PR, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 27.8.2019. (HC-157627)

c) Originalmente, não havia, na previsão normativa original da Lei 12.850/2013, previsão expressa a respeito da ordem de apresentação de memoriais entre colaborador e réu delatado. Porém, existe disposição expressa hoje, após a Lei 13.964/2019, conhecido como pacote anticrime, destacando a ordem da prática dos atos envolvendo o colaborador e o réu delatado:

Art. 4.º, § 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Vamos à régua de correção:



Questionamento	Fundamento	Composição da nota
a) discorra a respeito dos vícios de formalidade presentes na narrativa do caso hipotético	<ul style="list-style-type: none"> ✓ nenhum ato pode ser praticado sem defensor ✓ MP não extingue punibilidade do colaborador 	20%
b) qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à ordem de oitiva do colaborador e do réu delatado?	O candidato deveria mostrar a aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa mesmo antes de existir previsão expressa na lei nesse sentido, como decidiu o STF por maioria na 2. ^a Turma.	40%
c) apresente a evolução normativa sobre a ordem de apresentação dos atos processuais entre colaborador e réu delatado, no âmbito das organizações criminosas.	O candidato deveria expor o antes e o depois da Lei 13.964/2019, tornando regra expressa a ordem de prático dos atos processuais envolvendo colaborador e delatado(s).	40%

67. Magali, traficante de drogas, em unidade de desígnios com Mônica, e com a habitualidade de sempre, reúnem-se para vender drogas na principal avenida da cidade. Ao se deparar com a venda das substâncias, o policial Maycon, estudioso e acadêmico nas horas vagas, resolve utilizar o instituto da ação controlada e não dá voz de prisão para as duas criminosas. Sempre acompanhando de longe e elaborando relatórios para apresentar posteriormente ao juiz, somente efetua a prisão das traficantes uma semana depois do primeiro contato com a prática dos delitos.

A partir do caso:

a) o que diferencia a ação controlada da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) da ação controlada na Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013)?



b) pode o magistrado converter o flagrante ilegal do caso concreto em prisão preventiva?

c) Que outras denominações a ação controlada possui na doutrina?

Comentários:

a) A diferença entre os institutos reside na necessidade de pedir autorização prévia ao juiz competente na Lei de Drogas e, na Lei das Organizações Criminosas, basta mera comunicação da opção dos titulares da investigação criminal em andamento contra organização criminosa.

b) Sem dúvida que sim. O magistrado deverá decretar a preventiva, seja por representação do delegado ou por requerimento do Ministério Público quando presentes os seus requisitos e hipóteses de cabimento:

Desde o plano principiológico: adequação, necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade da medida (art. 282 CPP); passando pela hipóteses de cabimento: materialidade + autoria + e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado; com o propósito de garantir a ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou a futura aplicação da lei penal.

Eventual nulidade do flagrante não impede a decretação da medida cautelar pessoal da prisão preventiva, desde que presentes os princípios e requisitos para a sua aplicação, devendo o magistrado fundamentar a escolha da prisão com argumentos concretos diversos do tipo penal praticado.

c) As outras denominações para essa espécie de prisão em flagrante são:

- postergado
- prorrogado,
- diferido ou
- retardado.

Vamos à régua de correção:

Questionamento	Fundamento	Composição da nota
a) o que diferencia a ação controlada da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) da ação controlada	a necessidade de autorização prévia do magistrado na LD (art. 53 da Lei 11.343) e	40%



na Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013)?	a mera comunicação ao juiz na LCO (art. 8o, §1o., da Lei 12.850/13)	
b) pode o magistrado converter o flagrante ilegal do caso concreto em prisão preventiva?	Sim, pois são medidas cautelares diferentes, como requisitos, princípios e pressupostos diversos. Após a decretação da prisão preventiva, eventual nulidade do flagrante ficará sanada.	40%
c) Que outras denominações a ação controlada possui na doutrina?	Flagrante postergado, prorrogado, diferido ou retardado.	20%

Excelente estudo a todos, Prof. Ivan Marques.

DIREITO CIVIL E LEGISLAÇÃO CIVIL ESPECIAL

68. Um conhecido jogador de futebol brasileiro já falecido foi objeto de obra biográfica publicada e distribuída no território nacional, a qual faz referências à sua carreira profissional e a episódios de sua vida pessoal. Seus filhos discordaram da publicação da obra, entendendo que os relatos detalhados acerca de questões particulares e relações familiares seriam ofensivas a direitos da personalidade do biografado. Não tendo sido atendidos pela editora em seu pedido para que a obra não fosse publicada, ingressaram com demanda judicial, requerendo a proibição da editora em publicar a obra e o recolhimento dos exemplares já distribuídos. Aplicando os artigos 20 e 21 do Código Civil, o juiz de primeira instância julgou procedentes os pedidos e condenou a editora na obrigação de não publicar a obra e de recolher os exemplares distribuídos.

Diante desta situação hipotética, responda:

- (i) A sentença proferida deu correta solução à questão? Justifique a sua resposta.



(ii) Seria possível, na mesma situação hipotética, que os filhos do biografado requeressem a condenação da editora ao pagamento de indenização a título de danos morais?

Comentários:

A questão versa sobre a melhor interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil e sobre a necessidade de biografados ou seus herdeiros autorizarem a publicação de biografias.

(i) A sentença proferida não deu correta solução à questão.

O Supremo Tribunal Federal julgou ação direta de inconstitucionalidade e decidiu que os artigos 20 e 21 do Código Civil devem ser interpretados de forma a se declarar inexigível a autorização da pessoa biografada para a publicação destas obras.

O julgamento do STF levou em consideração os princípios da liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação e a expressa vedação à censura de qualquer natureza, seja por entes públicos ou por particulares.

Dessa forma, não é possível que os biografados, ou seus herdeiros, impeçam a edição, a publicação ou a distribuição de obras literárias. Os pedidos deveriam, portanto, ser julgados improcedentes.

(ii) O mesmo julgamento do STF acerca da melhor interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil apontou que os direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas deve ser garantido por meio de outras ferramentas admitidas no ordenamento jurídico, como a indenização e o direito de resposta, mas não mediante a proibição da publicação.

Assim, na contraposição entre os princípios da liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação, de um lado, e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, de outro, os primeiros devem prevalecer em relação à possibilidade de publicação da obra, cumprindo com a disposição constitucional que impede a censura de qualquer natureza.

Por outro lado, os direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas pode ser garantido por meio da indenização, a qual é expressamente prevista no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Dessa forma, é possível a condenação da editora ao pagamento de danos morais em favor do biografado ou de seus herdeiros, desde que presente hipótese de desrespeito a direitos da personalidade.



A resposta tem como fundamento os seguintes precedentes do STF e do STJ, respectivamente:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

(...)

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito



constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)".

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHO RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO POR PREMATURIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. SÚMULA 7/ST.

1. Consoante se extrai do acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 4.815/DF, a dispensa de autorização prévia dos envolvidos para a publicação de biografias implica a responsabilidade a posteriori por danos comprovadamente causados. Extrai-se do voto da relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que "não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio."

2. A liberdade de expressão acarreta responsabilidade e não compreende a divulgação de falsidade e a prática de crimes contra a honra. A divulgação de episódio falso, como se verdadeiro fosse, além de ofender a honra do lesado, prejudica o interesse difuso do público consumidor de bens culturais, que busca o conhecimento e não a desinformação.

3. Publicação de livro imputando falsamente a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico. Ampla divulgação na mídia impressa, televisiva e virtual, tendo acarretado também processo criminal contra o autor perante o Supremo Tribunal Federal por crime de racismo e processo de cassação de mandato perante a Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar.

4. Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em recurso especial quando ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.

Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos.

6. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito.

7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130.

Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944).

8. Segundo o entendimento pacífico do STJ, ao juiz, como destinatário da prova, cabe indeferir as que entender impertinentes, sem que tal implique cerceamento de defesa. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Tendo sido negado processamento ao recurso de apelação interposto pela Editora, por decisão transitada em julgado, não cabe apreciar sua inconformidade de mérito em grau de recurso especial.

10. A alteração dos valores dos honorários advocatícios fixados pelo Tribunal de origem, quando não irrisórios ou excessivos, exige o reexame de fatos e provas incabível no âmbito do recurso especial.



Incidência da Súmula nº 7/STJ.

11. Recurso especial de Ronaldo Ramos Caiado parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

12. Recurso Especial de Fernando Gomes de Moraes conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

13. Recurso especial de Editora Planeta do Brasil Ltda não conhecido.

(REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016)

69. Considerando que a função social da propriedade é prevista no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que a propriedade é prevista como garantia fundamental do indivíduo, no caput do mesmo artigo, responda:

a) Tendo em vista que a propriedade envolve a ideia de que terceiros não podem interferir no comando e na soberania que o proprietário detém sobre a coisa ou, ainda, envolve a possibilidade de aproveitamento e disposição da coisa da maneira mais absoluta, como é possível compatibilizar a garantia da propriedade com a sua função social?

b) Cite 3 (três) exemplos de institutos jurídicos que se inspirem na função social da propriedade.

Comentários:

a) Atualmente, deve-se entender que houve a superação do conceito liberal de propriedade que vigorou durante boa parte do século XX e que a identificava com o aproveitamento e a disposição da coisa da maneira mais absoluta. Assim como os demais direitos ou princípios previstos na Constituição Federal, a propriedade não detém uma posição soberana diante de outros direitos.

Atualmente pode-se afirmar que a propriedade deixou de atender a interesses unicamente do proprietário, mas se tornou num instrumento para realização de outros direitos previstos constitucionalmente e para o desenvolvimento do Estado Social de Direito.

Ou seja, o conceito de propriedade sofreu uma transformação, superando a ideia de direito que se submete de forma integral e absoluta à vontade do proprietário, para nele integrar a ideia da função social como elemento interno ao conceito de propriedade, o qual restringe a liberdade de atuação do proprietário. Portanto, deve-se compatibilizar a propriedade com as “situações não proprietárias”, transformando a propriedade em instrumento para a realização do projeto constitucional (acesso a garantias fundamentais).



A Constituição Federal brasileira demonstra, em seu texto, a contraposição dialética entre o fundamento liberal da propriedade, a qual é apontada como garantia fundamental no caput e no inciso XXII do artigo 5º, e o Estado Social de Direito, ao prever que “a propriedade atenderá à sua função social” (artigo 5º, XXIII). A mesma contraposição é verificada entre os incisos II e III do artigo 170, que trata dos princípios da ordem econômica.

Assim como ocorre com diversos outros princípios de natureza constitucional, a propriedade como direito individual deve ser ponderada com a função social da propriedade, numa situação de equilíbrio em que a garantia individual não é fulminada, mantendo ainda sua essência de natureza liberal, mas dando ensejo a institutos que reafirmam a ideia de que a propriedade deve atender a determinadas finalidades de caráter social, as quais incluem a defesa do meio ambiente e a consecução de promessas de ordem constitucional, como o direito à moradia, ao trabalho, ao bem-estar dos habitantes dos centros urbanos, dentre outros.

b) Na Constituição Federal, podemos citar o artigo 182, § 4º, no capítulo que trata da política urbana, que faculta ao Poder Público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto predial progressivo ou desapropriação.

Ainda, o artigo 184 permite à União “desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária”.

Há previsão, ainda, da usucapião especial urbana e da usucapião especial rural, para as quais o requisito temporal é extremamente reduzido (5 anos), desde que o possuidor utilize da área para sua moradia e, última análise, dê destinação econômica adequada ao imóvel (artigos 183 e 191 da Constituição Federal).

No Código Civil, todas as modalidades de usucapião representam uma forma de dar guarida à função social da propriedade, a qual é conferida àquele que der à propriedade destinação econômica adequada.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

70. A respeito da Aplicação das normas processuais no tempo é possível dizer-se que o Código de Processo Civil adota somente uma teoria para resolver a questão? Em caso negativo discorra sobre as teorias eventualmente adotadas pelo código indicando as normas legais que refletem a sua aplicação.

Comentários



A regra geral das normas processuais é a sua vigência para o futuro, contudo, a sucessão de normas processuais e a própria natureza do processo, formado por uma sequência concatenada de atos, implica na necessidade de regulação de qual norma aplica-se na hipótese de sucessão de duas normas.

Em relação às normas de direito material aplica-se as seguintes conclusões:

- (i) **irretroatividade** como regra: *tempus regit actum* (direito privado)
- (ii) **retroatividade** da lei mais benéfica (direito penal e em algumas hipóteses de direito tributário)

Em relação às normas de direito processual a doutrina aponta a existência de três teorias:

A primeira é a **Teoria do isolamento dos atos processuais**, definindo-se a incidência da lei anterior ou da lei posterior segundo a data da prática (consumação/constituição/extinção da situação jurídica) do ato processual, variando os critérios de definição conforme a natureza do ato processual **das partes ou do juiz (ato processual praticado pela parte antes ou depois da vigência da lei processual nova; ato decisório feito público em audiência ou sessão do tribunal; ato decisório feito público somente em diário oficial, etc.)**

Aqui vigora o princípio do **tempus regit actum**, não tendo a lei nova aptidão para atingir os atos processuais já praticados, sendo a regra geral adotada pelo art. 14 do Código de Processo Civil :

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

A norma processual tem **aplicação imediata**, ou seja, produz efeitos a partir de sua vigência em relação a todos os **atos pendentes** preservados os atos processuais já praticados. Como diz Alexandre Freitas Câmara⁵²:

Assim, então, a entrada em vigor de uma lei processual nova gera sua incidência imediata, não só aos processos que se instaurem daí por diante, mas também aos processos em curso. Não há, porém, retroatividade da lei processual, de modo que não se pode admitir que a lei processual nova se aplique a fatos anteriores à sua vigência ou que desrespeite as situações processuais consolidadas sob a égide da norma

⁵² Câmara, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro.. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, P. 24

anterior. É por isso que, por exemplo, no caso de processos instaurados antes da vigência do CPC em que se determinara a observância do procedimento sumário (previsto nos arts. 275 e seguintes do CPC de 1973, mas que não encontra similar no Código vigente) este continua a ser observado até a prolação da sentença (art. 1.046, § 1o).

Pela **teoria do isolamento dos atos processuais** os requisitos de validade e forma dos atos processuais, bem como os requisitos de admissibilidade dos recursos são os da lei vigente quando da intimação da decisão e não a vigente quando da prática do ato processual. Nesse sentido os enunciados administrativos do Superior Tribunal de Justiça:

Enunciado administrativo n. 2

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado administrativo n. 3

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC

Por exemplo, no Código de Processo Civil de 1973 havia um processo cautelar destacado do processo de conhecimento, com a inclusão da medida de exibição de documentos como medida cautelar típica, com o Código de Processo Civil de 2015, não mais subsiste a exibição de documentos como processo autônomo, mas sim como incidente probatório autônomo, de forma que se propostas a medida na vigência do CPC revogado não pode o juiz extinguir o pedido por ausência de previsão no atual código. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL ANTE SUA REVOGAÇÃO PELO NCPC/2015 - RECURSO DO AUTOR - INÉPCIA DA INICIAL - DEFEITO PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADO - DEMANDA PROPOSTA DURANTE A VIGÊNCIA DO CPC/73, NO QUAL EXISTIA RITO ESPECÍFICO PARA A CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ART. 1.046 DO NCPC/2016 - TRÂMITE PROCESSUAL QUE DEVE SEGUIR AS REGRAS DIPLOMA PROCESSUAL ANTERIOR - DIREITO INTERTEMPORAL - NECESSIDADE DE ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS - ART. 6º LICC E ART, 5º, XXXVI CF/88 -

IMPOSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO - SENTENÇA ANULADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 14ª C.Cível - AC - 1612212-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Fernando Antonio Prazeres - Unânime - - J. 22.02.2017)

Em relação aos prazos abertos quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil (**18 de março de 2016**)⁵³ o marco divisor para a norma aplicável há de ser a intimação da parte para a prática do ato processual modificado. Novamente Elpídio⁵⁴:

Pode ocorrer de o ato – a sentença, no nosso exemplo – ser proferida na vigência da lei velha, mas a intimação somente ser levada a efeito na vigência da lei nova. Aqui, mais uma vez, repete-se o que já foi dito. É a intimação que marca o início temporal para o exercício da faculdade de praticar o ato subsequente segundo a lei desse tempo (da intimação). Nesse caso, o ato deve seguir a lei nova e ser praticado no prazo estabelecido nessa lei.

Na mesma linha Alexandre Freitas Câmara⁵⁵:

Do mesmo modo, é preciso considerar que a lei que rege o recurso é a lei vigente ao tempo da publicação da decisão contra a qual se pretende recorrer. Afinal, uma vez publicada a decisão judicial nasce, para os prejudicados, o direito de recorrer contra aquela decisão (se, evidentemente, tratar-se de uma decisão recorrível). Isto é especialmente importante quando se pensa que o CPC trata como irrecorríveis de forma autônoma algumas decisões interlocutórias que, ao tempo da legislação processual anterior, eram impugnáveis por agravo. É o caso, por exemplo, da decisão que indeferir a produção de prova testemunhal. Ao tempo do CPC de 1973 esta decisão era impugnável por agravo de instrumento e, com a vigência do novo Código, passou ela a ser irrecorrível em separado. Ora, publicada a decisão que indeferiu a prova testemunhal ainda ao tempo em que vigente o Código anterior, será admissível o recurso (no prazo e preenchidos os requisitos estabelecidos pela legislação anterior), já

⁵³ Enunciado administrativo n. 1 do Superior Tribunal de Justiça : O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.

⁵⁴ Op. Cit. P. 72

⁵⁵ Op. Cit. P. 25



que esta situação processual (a recorribilidade por agravo daquela decisão interlocutória) já se havia consolidado. Já no caso de vir a mesma decisão a ser publicada sob a égide do Código atual a mesma decisão será irrecorrível em separado.

Assim, a regra geral da vigência do direito processual civil no espaço será a sua **aplicação imediata**, respeitada a **teoria do isolamento dos atos processuais**.

A segunda é **Teoria das fases processuais** pela qual distinguir-se-iam fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal) cada uma suscetível, de per si, de ser disciplinada por uma lei diferente. Portanto, em curso um processo, advindo uma nova lei, está não disciplinaria a fase ainda não concluída, que se regeriam pela lei anterior, e somente as fases seguintes observariam à lei nova. Em relação aos processos submetidos ao antigo rito sumário que estejam na fase postulatória o Código de Processo Civil determina que serão aplicadas as normas do código revogado até a fase decisória, conforme o § 1º do art. 1.046:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.

A última teoria é a **da unidade processual**, sendo o processo um todo, constituído por um conjunto de atos indissociáveis, seria regulado por uma só lei processual, a velha ou a nova. Admitida a aplicação da lei nova para todos os atos do processo, poder-se-ia falar em lei processual retroativa ou **ultra-ativa**.

Não é a regra no direito brasileiro, mas excepcionalmente foi aplicada no Código de Processo Civil nas seguintes hipóteses:

Art. 1.049 (aplicabilidade do procedimento comum, em caso de remissão da lei especial ao extinto procedimento sumário/somente processos ajuizados a partir de 18/03/teoria da unidade processual)

Art. 1.052 (procedimento da execução contra devedor insolvente do CPC/73, até que sobrevenha lei específica – **ultra-atividade**)

art. 1.054, aplicabilidade da expansão dos limites objetivos da coisa julgada material à questão prejudicial prevista no art. 503, §1º do Novo CPC somente nos processos ajuizados a partir do dia 18/03/16; para os processos pendentes, aplica-se integralmente a lei anterior

Art. 1.056 (termo inicial de contagem do prazo prescricional intercorrente do processo de execução – art. 924, V)

Art. 1.063. Até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis previstos na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, inciso II, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (**ultra-atividade**)

A regra geral do Código de Processo Civil é a adoção da **teoria do isolamento dos atos processuais** (CPC, art. 14), contudo, várias normas do chamado “livro complementar” trazem disposições específicas adotando regras diversas, como é o caso do art. 1.046, §1º que adotou a **teoria das fases processuais** ou o art. 1049 que adota a **teoria da unidade processual**.

Vamos à régua de correção:

Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) Quais teoria o CPC adota	Identificar que o Código de Processo Civil adota como regra a teoria do isolamento dos atos processuais, conceituando a referida teoria	40%
b) Teoria das fases processuais;	Conceituar a teoria indicando o dispositivo legal (CPC, art. 1.046)	30%
c) Teoria da Unidade processual	Conceituar a teoria indicando, pelo menos um dos dispositivos legais	30%

71. Discorra sobre a “trilogia estrutural do processo”.

Comentários

Jurisdição, ação e processo são institutos que se interligam para formar o que em doutrina se denomina “**trilogia estrutural do processo**”, nomenclatura desenvolvida pelo argentino Ramiro Podetti, segundo o qual o estudo do processo devia estar fundamentado em uma consideração **unitária** e **subordinada** desses conceitos, **unitária** “*porque ninguno delos três puede tener*



existência independente” e **subordinada**, porque a ideia de cada um desses termos constitui pressuposto lógico do entendimento que se deva formar acerca do outro.⁵⁶

O Estado tem o poder e a obrigação de realizar o Direito, resolvendo os conflitos de interesses e preservando a paz social. A essa função estatal dá-se o nome **de jurisdição**. A cada Poder corresponde uma função estatal. Assim, ao Legislativo compete a estruturação da ordem jurídica; ao Executivo, a administração; e ao Judiciário, a composição dos litígios nos casos concretos.

À função de compor os litígios, de declarar e realizar o Direito, dá-se o nome de Jurisdição.

Contudo, é possível dizer que os demais poderes também, em certa medida realizam o direito ao caso concreto, então, **qual a diferença essencial da jurisdição para a administração ou a legislação?** É a **definitividade**, isso significa dizer que a **jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição**.

Ocorre que a jurisdição só age se provocada (uma de suas características é justamente a **inércia**). **O meio de se provocar a jurisdição é a ação**, direito público subjetivo a um pronunciamento estatal que solucione o litígio. Segundo Dinamarco⁵⁷ o direito de ação pode ser definido como

“o direito de obter do Estado-Juiz um pronunciamento a respeito de uma pretensão trazida a juízo (decisão de mérito), independentemente de esse pronunciamento ser favorável ou desfavorável àquele que o tiver pedido. Tal é a teoria abstrata da ação, que surgiu na Alemanha e Áustria na segunda metade do século XIX e sucedeu a teoria imamentista e a teoria da ação como direito concreto.”

Adotando o Código de Processo Civil a teoria abstrata, se pode dizer que o direito de ação está ligado ao direito de obter um pronunciamento jurisdicional de mérito, portanto não se trata de um direito absoluto posto que submetido a determinadas exigências, tratadas como **condições da ação**.

⁵⁶ PODETTI, Ramiro. Teoria y Técnica del Proceso Civil Y Trilogia Estructuralde la Ciência del Proceso Civil. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963, p. 338/339, nº 2

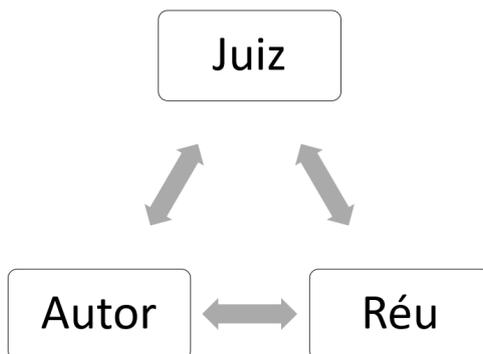
⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Carilho, Teoria geral do Novo Processo Civil, Malheiros, 2017, p. 115



O resultado da atividade jurisdicional é alcançado com a edição da norma reguladora do caso concreto, ou seja, com a sentença ou acórdão que, com característica de **imutabilidade**, vai reger o conflito de interesses. Ocorre que o estabelecimento dessa lei de regência do caso concreto não se dá aleatoriamente, ao talante do juiz. A outorga da prestação jurisdicional, isto é, a resposta à provocação da parte cujo direito afirma ter sido ferido ou ameaçado, deve seguir um método previamente estabelecido, composto por regras e princípios frutos de um debate democrático. A esse meio, método ou sistema que deve ser observado para o exercício da jurisdição dá-se o nome de **processo**.

Em curtas palavras, pode-se afirmar que **a jurisdição é provocada mediante o direito de ação e será exercida por meio daquele complexo de atos que é o processo**. **Processo**: na definição de Elpídio Donizeti⁵⁸ processo

“é a relação jurídica que se estabelece entre autor, juízo e réu (afora eventuais terceiros, como o assistente e o denunciado à lide), com vistas ao acertamento, certificação, realização ou acautelamento do direito substancial subjacente; sob a perspectiva extrínseca, é o meio, o método ou o instrumento para definição, realização ou acautelamento de direitos materiais.”



Processo é um **instrumento abstrato**, materialização de uma relação jurídica que envolve todos os **sujeitos do processo** que são os titulares de faculdades, ônus, poderes e deveres nessa relação jurídica. Mas ainda que abstrato, **o processo não é um fim em si mesmo**, pois ainda que dissociado da relação jurídica de direito material deve sempre ser instrumento hábil para a sua materialização. Os sujeitos processuais serão *parciais* (**partes**) sempre que busquem do Estado-

⁵⁸ Ob cit p. 188

Juiz a satisfação de uma pretensão. Serão sujeitos imparciais (**Juízes**) aqueles que são designados pela Constituição para a resolução do conflito de interesses alheio.

Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) Compreender o debate sobre a questão	Situar o examinar no conceito e trilogia estrutural do processo, como sendo composta de três elementos, ação, jurisdição e processo.	40%
b) Ação;	Conceituar objetivamente o conceito de ação e a sua natureza abstrata	20%
c) Jurisdição	Conceituar jurisdição	20%
d) Processo	Conceituar processo	20%

DIREITO TRIBUTÁRIO

72. Segundo Paulo de Barros Carvalho, imunidades seriam uma “Classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas” (Curso de direito tributário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 178), com base no texto acima, mas sem limitar-se aos seus termos, disserta sobre a distinção existente entre imunidade, isenção e anistia, analisando obrigatoriamente os seguintes itens: a) interpretação dos institutos e b) a possibilidade dos Estados Membros ampliarem as hipóteses de imunidade.

Comentários:

Pode parecer um pouco manjada essa discussão da diferença entre isenções e imunidades, contudo, ainda é um dos tópicos mais cobrados em direito tributário nos concursos da magistratura, mas foi cobrado no TJPR em 2011, MPPR em 2012 e 2013, e TJMT em 2010, portanto, é um tema que ainda tem o que ser explorado.



É comum a conceituação da imunidade como **hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada**, conforme o magistério de Hugo de Brito Machado (“Curso de Direito Tributário”, 35ª ed., 2014, Malheiros; p. 234, item n. 5.1) conceito que apesar de correto não consegue compreender a totalidade do instituto, o que é essencial para diferencia-lo das hipóteses de exclusão do crédito tributário (anistia e isenção).

Em verdade, as hipóteses de imunidade são vedações constitucionais ao próprio exercício da competência tributária, vedando o legislador constituinte às pessoas políticas (União, Estados, DF e Municípios) o próprio exercício de sua competência para tributar, sendo esse o grande elemento diferenciador entre a imunidade as causas de exclusão do crédito tributário (anistia e isenção) já que quando presente uma hipótese constitucional de imunidade não é permitido sequer a criação pela pessoa política da regra-matriz de incidência tributária, ao passo que para que possa ocorrer a exclusão do crédito tributário é essencial que tenha a pessoa política competência para instituir o tributo, e, após a criação pelo legislador da regra-matriz a própria pessoa política, por juízo de oportunidade de conveniência fixarão regras que impedirão a constituição do crédito tributário, impedindo o ato de lançamento, assim, a imunidade impede a criação da regra matriz, logo, sequer nasce a obrigação tributária (CTN, art. 113), já as causas de exclusão impedem a constituição de um crédito tributário, decorrente de uma obrigação tributária que efetivamente nasceu mas que não se converterá em crédito pela presença de uma causa de isenção (CTN, art. 176) ou da concessão de anistia (CTN, art. 180).

Como somente da Constituição Federal distribui a competência tributárias das pessoas políticas, somente o legislador constituinte derivado tem a competência para a criação de novas hipóteses de imunidade, como foi o caso da EC 75/13, logo as constituições estaduais e leis orgânicas não podem ampliar essas hipóteses (STF, ADI 773). Já as hipóteses de isenção e anistia decorrem de uma competência tributária já recebida da Constituição Federal, logo, será a pessoa política com competência para a instituição do tributo que terá a competência para a sua exclusão.



Outra grande diferença entre as imunidades e as causas de exclusão do crédito tributário é a forma como devem ser interpretadas pelo aplicador do direito, pois pelo art. 111 do CTN as normas que disponham sobre isenções devem ser interpretadas de forma restritiva as imunidades devem ser interpretadas em “interpretação teleológica e integrativa” garantindo-se “a maior concretude possível” dos valores constitucionais preservados por meio das regras imunizantes, pois não se pode olvidar que as imunidades estão ligadas à valores fundamentais da Constituição (liberdade religiosa, política, sindical, de expressão, difusão da cultura e da educação, etc.) que devem ser interpretados sempre de forma a lhes garantir maior efetividade.

Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) conceito de imunidade	Conceituar imunidade como uma regra negativa de competência	30%
a) Distinção entre imunidade e isenção	Diferenciar os institutos não por sua posição, mas sim pela sua natureza.	20%
b) interpretação dos institutos;	Distinguir que as imunidades são verdadeiras limitações constitucionais ao poder de tributar e como tal recebem a mesma forma de interpretação dos direitos fundamentais, diferente das isenções que tem a sua interpretação lastreada no art. 111, III do CTN	25%
c) Possibilidade ampliação pelos Estados	Afirmar que como somente da Constituição Federal distribui a competência tributárias das pessoas políticas, somente o legislador constituinte derivado tem a competência para a criação de novas hipóteses de imunidade	25%

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

73. Empresa pública municipal encaminhou consulta à Procuradoria relacionada ao caso de João, empregado em dedicação exclusiva que se aposentou em março de 2019 e alega ter direito de permanecer trabalhando. Opine, indicando eventuais providências a serem adotadas.



Comentários

Inicialmente, perceba que os ocupantes de emprego público, como João, vinculam-se ao Regime Geral de Previdência Social, conforme estabelece o art. 40, §13 da CF/88:

Art. 40 (...) § 13. Aplica-se ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive mandato eletivo, **ou de emprego público, o Regime Geral de Previdência Social.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

A aposentadoria de um indivíduo perante o INSS não costumava produzir efeitos sobre o vínculo de emprego mantido com empresa estatal. Em outras palavras, o cidadão poderia se aposentar e continuar trabalhando normalmente, acumulando o benefício do RGPS (aposentadoria) com a remuneração do emprego público.

Esse cenário foi alterado com a promulgação da EC 103/19.

Atualmente, o art. 37, §14, da CF/88 (aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) estabelece o seguinte:

Art. 37 (...) § 14. A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, **acarretará o rompimento do vínculo** que gerou o referido tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Portanto, no novo ordenamento constitucional, a concessão de aposentadoria pelo INSS implicará no rompimento do vínculo de emprego com a empresa pública. A administração deverá comunicar o indivíduo do encerramento de suas atividades, cessando, a partir de então, o pagamento do salário.

Por outro lado, essa consequência (rompimento automático do vínculo) **somente se produzirá para quem vier a se aposentar APÓS a promulgação da EC 103/19:**

EC 103/19

Art. 6º O disposto no § 14 do art. 37 da Constituição Federal não se aplica a aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

Considerando que a EC 103/19 foi promulgada em 13/11/2019 e que João se aposentou em março de 2019, ele realmente possui direito de continuar na ativa, acumulando os proventos de aposentadoria do INSS com a remuneração do emprego estatal.



DIREITO EMPRESARIAL

“Mas Direito Empresarial quase não cai em fase discursiva.”

Primeiro, “mais direto empresarial quasi num kai in fase discursiva...” (rsssss)

Segundo, e se cair? Melhor prevenir do que remediar...

74. No campo societário:

- (a) o que se entende por ação *ut singuli* e *ut universi*?
- (b) quem é parte legítima para ajuizamento de cada uma?
- (c) trata-se de legitimidade ordinária ou extraordinária?
- (d) exige-se (ou não) autorização assemblear para seu ajuizamento?
- (e) e a ação individual?

Comentários.

A ação de responsabilidade civil contra os administradores por danos causados à companhia (sociedade anônima) pode ser proposta:

- (a) pela própria sociedade (**AÇÃO SOCIAL UT UNIVERSI**) com base no art. 159, *caput*, da Lei nº 6.404/76, mediante prévia deliberação da assembleia geral ou;

“Art. 159 Lei nº 6.404/76. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.”

- (b) por acionistas (**AÇÃO SOCIAL UT SINGULI**), que nesse caso atuarão como substitutos processuais originários (art. 159, § 4º, Lei nº 6.404/76) ou derivados (art. 159, § 3º, Lei nº 6.404/76).

“Art. 159 Lei nº 6.404/76. (...)

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.”

No mesmo sentido:



“(…) 1. Nos danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais ut universi e ut singuli, esta obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do art. 159 da Lei das S/A. 2. A ação individual prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76 tem por finalidade reparar o dano experimentado pelo próprio acionista, isto é, o dano direto causado ao titular de ações por ato do administrador; não depende de deliberação da assembleia-geral para ser proposta, tendo como legitimados qualquer acionista ou terceiro, diretamente prejudicados por ato de administrador. (…).” (STJ, REsp 1536949/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 04/11/2016)

“2. Sendo os danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais ut universi e ut singuli, esta obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do mencionado dispositivo legal da Lei das S/A. 3. Por sua vez, a ação individual, prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76, tem como finalidade reparar o dano experimentado não pela companhia, mas pelo próprio acionista ou terceiro prejudicado, isto é, o dano direto causado ao titular de ações societárias ou a terceiro por ato do administrador ou dos controladores. Não depende a ação individual de deliberação da assembleia geral para ser proposta. 4. É parte ilegítima para ajuizar a ação individual o acionista que sofre prejuízos apenas indiretos por atos praticados pelo administrador ou pelos acionistas controladores da sociedade anônima. 5. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1207956/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014)

Essas duas ações, por sua vez, não se confundem com a **AÇÃO INDIVIDUAL** prevista no art. 159, § 7º, da Lei nº 6.404/76, proposta quando há danos **diretos** a acionistas ou terceiros:

“(…) 7. A ação individual de que trata o § 7º do art. 159 da Lei nº 6.404/1976 pressupõe a existência de dano causado diretamente ao sócio ou terceiro por ato de administrador. 8. Não se pode considerar como prejuízo individual do acionista aquele que o atinge apenas indiretamente, por mero reflexo dos danos supostamente causados à sociedade como um todo. Ilegitimidade para a propositura da ação individual. (…).” (STJ, REsp 1741678/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018)



ATENÇÃO: danos à companhia vão sempre gerar, ainda que indiretamente, danos aos acionistas. No entanto, ação individual somente pode ser usada quando não há danos diretos ao acionista.

Em resumo, temos o seguinte quadro:

AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR DE COMPANHIA (SOCIEDADE ANÔNIMA)				
Tipo de Ação	Dispositivo correspondente	Legitimidade	Beneficiário direto	Precisa de autorização da assembleia?
AÇÃO UNIVERSITÁRIA	<p><i>"Art. 159 da Lei nº 6.404/76. Compete à COMPANHIA, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.</i></p> <p><i>§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária."</i></p>	ORDINÁRIA	COMPANHIA	SIM (pressuposto processual)



<p>AÇÃO UT SINGULI DERIVADA</p>	<p>"Art. 159, § 3º, da Lei nº 6.404/76. <u>QUALQUER ACIONISTA</u> poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação [positiva] da assembleia-geral.</p> <p>§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se [revertem-se] à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados."</p>	EXTRAORDINÁRIA	COMPANHIA	SIM (pressuposto processual)
<p>AÇÃO UT SINGULI ORIGINÁRIA</p>	<p>"Art. 159, § 4º, da Lei nº 6.404/76. Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por <u>ACIONISTAS QUE REPRESENTEM 5% (CINCO POR CENTO), PELO MENOS, DO CAPITAL SOCIAL.</u></p> <p>§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se [revertem-se] à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as</p>	EXTRAORDINÁRIA	COMPANHIA	NÃO

	<i>despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados."</i>			
AÇÃO INDIVIDUAL	"Art. 159, § 7º, da Lei nº 6.404/76. A ação prevista neste artigo não exclui a que couber AO ACIONISTA OU TERCEIRO diretamente prejudicado por ato de administrador."	ORDINÁRIA	ACIONISTA OU TERCEIRO	NÃO

Régua de correção.

Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
(a) o que se entende por ação <i>ut singuli</i> e <i>ut universi</i> ?	Nos termos do art. 159 da Lei nº 6.404/76, ambas são ações de responsabilidade civil contra o administrador de companhia, em razão de danos diretos à sociedade (prejuízos causados ao seu patrimônio da companhia)	20%
(b) quem é parte legítima para ajuizamento de cada uma?	A ação <i>ut universi</i> é proposta pela própria sociedade anônima.	20%



	A ação <i>ut singuli</i> é ajuizada pelos seus acionistas, de forma derivada ou originária.	
(c) trata-se de legitimidade ordinária ou extraordinária?	<p>A ação <i>ut universi</i> é proposta pela própria sociedade anônima. Logo, trata-se de responsabilidade ordinária.</p> <p>A ação <i>ut singuli</i> é ajuizada pelos seus acionistas. Como se trata de demanda em benefício da companhia, mas ajuizada por seus acionistas, a legitimidade é extraordinária.</p>	20%
(d) exige-se (ou não) autorização assemblear para seu ajuizamento?	Apenas a ação <i>ut singuli</i> originária dispensa autorização assemblear.	20%
(e) e a ação individual?	A ação individual, prevista no art. 159, § 7º, da Lei nº 6.404/76, é proposta quando há danos <u>diretos</u> a acionistas ou terceiros.	20%

No mais, à disposição.

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

75. Marcos, com 17 (dezessete) anos e 11 (onze) meses de idade, foi encontrado comercializando e mantendo em depósito 10 kg (dez quilos) de substância entorpecente. O Ministério Público pugnou pela aplicação da medida de internação, em razão da gravidade da conduta. Quando da prolação da sentença, Marcos contava com 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de idade.

Com base na narrativa, responda:

- Considerando que Marcos completou a maioridade durante o trâmite da apuração do ato infracional, ainda é possível a aplicação de medida socioeducativa?
- Com base no argumento apresentado pelo Ministério Público, é possível a aplicação da medida de internação?



c) Caso fosse aplicada a medida de internação e recomendado por avaliações psicossociais, Marcos pode cumprir a medida de internação pelo prazo máximo de 03 (três) anos?

Comentários

Conforme entendimento Sumulado do STJ, a superveniência da maioria não prejudica a apuração do ato infracional e a aplicação de medida socioeducativa, até que o infrator complete 21 (vinte e um) anos (Súmula 605).

Com base no princípio da excepcionalidade, a internação somente deve ser aplicada em caso de ocorrência das hipóteses previstas em Lei, dentre as quais não se enquadra o caso de Marcos. De mais a mais, a reprovabilidade do ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não determina a necessidade de internação, conforme dispõe a Súmula 492 do STJ.

Ainda que fosse aplicável ao caso a medida de internação, não seria possível que Marcos a cumprisse pelo prazo de três anos, haja vista que em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses ele completaria 21 (vinte e um) anos, gerando a necessidade de liberação compulsória, de acordo com o art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) quanto à possibilidade de aplicação da medida socioeducativa ao maior de 18 anos;	É possível, até que ele complete 21 anos. Súmula 605 do STJ	20%
b) quanto à possibilidade de aplicação da internação;	É inviável, por tratar-se de hipótese não prevista em lei. Súmula 492 do STJ	40%
c) quanto à possibilidade de cumprimento da internação pelo prazo máximo de 03 anos.	Impossível, haja vista que o agente completaria 21 anos em 02 anos e 06 meses, devendo ser obrigatoriamente liberado. Art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente	40%

DIREITO AMBIENTAL

76. O Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA - foi criado pela Lei nº 6.938/81, para executar os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente. Para facilitar e aperfeiçoar essa execução, o SISNAMA foi estruturado em diversos órgãos, distribuindo-se as respectivas atribuições.

Em relação à composição do SISNAMA, responda. A partir do caso narrado, discorra:

- a) Qual a classificação e a função do Ministério do Meio Ambiente dentro do SISNAMA?
- b) O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA - e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO - são os órgãos executores do SISNAMA. Nesse sentido, diferencie as funções exercidas por estes institutos.
- c) Qual o órgão superior do SISNAMA e qual sua função?

Comentários

A questão é baseada na composição do SISNAMA, sendo necessário o conhecimento sobre os órgãos integrantes, assim como suas classificações e funções.

O Ministério do Meio Ambiente é o órgão central do SISNAMA. Estabelecidas pelo Presidente da República as políticas e diretrizes para o meio ambiente, sua execução é coordenada, supervisionada e controlada pelo Ministério do Meio Ambiente, conforme determina o art. 6º, III, da PNMA.

O IBAMA, criado pela Lei nº 7.735/89, tem como principais funções o exercício do poder de polícia ambiental no âmbito federal e a execução de ações federais referentes ao controle de qualidade ambiental, licenciamento ambiental, utilização dos recursos naturais e controle ambiental. O Instituto Chico Mendes foi criado pela Lei nº 12.856/2013, com a finalidade de execução de ações federais referentes à conservação da natureza, educação ambiental, recreação ambiental e gestão das unidades de conservação instituídas pela União.

O órgão superior do SISNAMA é o Conselho de Governo. Previsto no art. 6º, I, da PNMA, sua atuação é adstrita ao assessoramento do Presidente da República na formulação da política nacional e das diretrizes para o meio ambiente, a serem executadas pelos demais órgãos.



Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
a) quanto ao papel do Ministério do Meio Ambiente no SISNAMA;	Órgão Central, de controle e supervisão da execução da PNMA. Art. 6º, III, da Lei nº 6.938/81.	30%
b) quanto às funções dos órgãos executores do SISNAMA;	IBAMA – exercício do poder de polícia ambiental no âmbito federal; ICMBIO – ações de conservação ambiental; Leis nº 7.735/89 e 12.856/2013	40%
c) quanto ao órgão superior do SISNAMA	Conselho de Governo: assessoria do Presidente da República na formação de políticas e diretrizes ambientais. Art. 6º, I, Lei nº 6.938/81.	30%

DIREITO ELEITORAL

Olá pessoal! Agora trago para vocês uma questão discursiva sobre um assunto atual, que certamente será explorado em provas objetivas e dissertativas da magistratura estadual, a **fraude na cota de gênero/candidatura feminina fraudulenta**.

77. O Partido Político X registrou candidaturas para o pleito eleitoral de Vereador observando o critério legal de cotas de gênero, de modo que 30% das candidaturas registradas eram candidaturas femininas e 70% das candidaturas registradas eram candidaturas masculina.

Ocorre que, pouco após a eleição, e ainda antes da diplomação, o Partido Político Y ingressou com uma Ação de Investigação Judiciária Eleitoral contra todos os candidatos a Vereador registrados pelo partido X alegando a existência de fraude na cota de gênero em virtude da existência de candidaturas femininas “de fachada”.

Segundo alegado pelo partido Y, teriam sido registradas candidatas que, em verdade, não seriam candidatas, pois não disputaram efetivamente o pleito eleitoral, pois não praticaram



atos de campanha, não receberam votos e uma delas inclusive sequer foi votar no dia da eleição.

O partido Y requereu a cassação do registro/diploma de todos os candidatos registrados pelo partido X e ainda a declaração de inelegibilidade de todos os candidatos registrados pelo partido X.

Como argumento de defesa, os candidatos impugnados arguiram preliminarmente a inadequação da AIJE para debater o tema, pois não consta nas hipóteses legais de cabimento da AIJE discussão sobre fraude, tema que deveria ser adequadamente discutido por meio de AIME (ação de impugnação de mandato eletivo) e, no mérito, negaram os fatos.

Durante a instrução processual ficou comprovada a fraude na cota de gênero, tendo sido identificadas candidaturas femininas que não eram verdadeiramente candidaturas, tendo ocorrido tão somente o registro formal da candidatura feminina para viabilizar candidaturas masculinas, mas sem que houvesse qualquer intenção da “suposta candidata” de efetivamente disputar o pleito eleitoral.

Considerando esse cenário, responda fundamentadamente, o seguinte:

- a) A AIJE é instrumento processual adequado para debater fraude na cota de gênero?
- b) Configurada a fraude devem ser cassados o registro/diploma de todos os candidatos registrados pelo partido X?
- c) Configurada a fraude todos os candidatos registrados pelo partido X devem ser declarados inelegíveis?

Comentários

A resposta à questão passa pela compreensão do art. 10, § 3º da lei das eleições (lei 9.504/97) e da jurisprudência do TSE, especialmente da decisão proferida no ano de 2019 quando do julgamento do Respe 193.92.2016.6.18.0018/PI, oportunidade em que o Tribunal enfrentou o tema da fraude na cota de gênero em virtude da identificação de candidaturas femininas “de fachada”.

Conforme previsto no art. 10, § 3º da lei das eleições, nas eleições proporcionais, do número de vagas registráveis, cada partido preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, cabendo destacar que, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, o percentual 70/30 deve ser aplicado ao número de candidatos que for efetivamente registrado pelo partido e, não, ao número de candidatos que poderiam ser registrados pelo partido.



Julgando o caso indicado, o TSE decidiu que seria possível utilizar a AIJE para debater a fraude na cota de gênero.

Quanto ao cabimento da AIJE, a Corte decidiu que apesar de não constar no texto legal que institui a AIJE (art. 22 da LC 64/90) a possibilidade expressa de utilizar a AIJE para discutir fraude na cota de gênero, isso seria possível.

Conforme o art. 22 da LC 64/90, a AIJE é cabível para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político e o Tribunal decidiu que a fraude na cota de gênero deveria ser enquadrada como uma espécie de abuso de poder, pois toda fraude seria uma conduta abusiva, e, nessa esteira, seria possível debater o tema em sede de AIJE.

Um dos fatores que levou à construção jurisprudencial foi o fato de a AIME, que é uma ação que permite discutir fraude, somente ser cabível após a diplomação, tendo o Tribunal destacado que a existência de lapso temporal entre o registro de candidatura e a AIME sem um mecanismo processual que permitisse apurar a fraude não seria adequado, havendo se ter uma forma de a justiça eleitoral, tão logo verificada a ocorrência do ilícito (durante a campanha) poder conhecer da questão.

Quanto a cassação do registro/diploma de todos os candidatos registrados pelo partido, o TSE decidiu que, caracterizada a fraude, todos os candidatos registrados devem ser cassados, pois a cassação do registro/diploma não requer prova inconteste da participação ou anuência dos candidatos, aspecto subjetivo que é imprescindível apenas para imposição da inelegibilidade para eleições futuras. Desse modo, a fraude na cota de gênero implica a cassação de todas as candidaturas registradas pela legenda ou coligação, sendo que, entender em sentido diverso incentivaria e beneficiaria a prática de fraude, eis que dificilmente atingiria os candidatos eleitos.

Em relação à inelegibilidade, o Tribunal firmou entendimento que a inelegibilidade não poderia atingir todos os candidatos, mas apenas os candidatos que cometeram, participaram ou anuíram com a conduta fraudulenta, e isso porque inelegibilidade tem natureza subjetiva, não podendo atingir candidatos que não tiveram envolvimento com a conduta, ainda que tenham sido beneficiados pela conduta fraudulenta.

Vamos à régua de correção:

Questionamento	Fundamento	Composição da Nota da Questão
----------------	------------	-------------------------------



a) A AIJE é instrumento processual adequado para debater fraude na cota de gênero?	Sim, a AIJE é instrumento adequado para debater fraude na cota de gênero, pois a fraude na cota de gênero deve ser considerada uma espécie de abuso de poder, eis que toda fraude configura abuso de poder.	30%
b) Configurada a fraude devem ser cassados o registro/diploma de todos os candidatos registrados pelo partido X?	Sim, caracterizada a fraude, todos os candidatos registrados devem ser cassados, pois a cassação do registro/diploma não requer prova inconteste da participação ou anuência dos candidatos, aspecto subjetivo que é imprescindível apenas para imposição da inelegibilidade para eleições futuras, sendo que, entender em sentido diverso incentivaria e beneficiaria a prática de fraude, eis que dificilmente atingiria os candidatos eleitos.	40%
c) Configurada a fraude todos os candidatos registrados pelo partido X devem ser declarados inelegíveis?	Não, devem ser declarados inelegíveis apenas os candidatos que cometeram, praticaram ou anuíram com a fraude, pois inelegibilidade tem natureza subjetiva, não podendo atingir candidatos que não tiveram envolvimento com a conduta, ainda que tenham sido beneficiados pela conduta fraudulenta.	30%

DIREITO DO CONSUMIDOR

78. Questão Adaptada – Banca VUNESP Maria, modesta costureira do interior, adquire da empresa fabricante uma máquina de costura, para a realização de trabalho em prol de sua sobrevivência e de sua família. Pode Maria ser considerada consumidora, para o fim de aplicação, em seu favor, das normas do CDC em demanda ajuizada em face da referida empresa? Responda, fundamentadamente, abordando, brevemente, as teorias acerca do conceito de consumidor.

Comentários

De acordo com o artigo 2º, do CDC:



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

Ao considerarmos individualmente o consumidor, pela dicção do artigo segundo, perceberemos três elementos essenciais na sua definição:

- i. **Aspecto subjetivo** – Poderá ser considerado consumidor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, independente se brasileiro ou estrangeiro, eis que o dispositivo legal não faz qualquer restrição;
- ii. **Aspecto objetivo** – O consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço;
- iii. **Aspecto teleológico** – Necessário que a aquisição do produto ou utilização do serviço seja na qualidade de destinatário final;

A destinação final nada mais é que a aquisição do produto ou utilização do serviço sem o intuito de recolocação no mercado ou incremento no processo produtivo. A grosso modo, tem-se uma aquisição de um produto sem a intenção de com ele obter lucro.

Para definir o que seria o destinatário final da mercadoria, surgiram duas teorias: a interpretação finalista e a interpretação maximalista.

Para Flávio Tartuce (2016, pg. 88), o artigo 2º, do CDC, adotou expressamente a teoria finalista ou subjetiva para a qualificação do consumidor. O consumidor deve ser, então, o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, em razão da expressão **destinatário final** constante no dispositivo.

Neste sentido (TARTUCE, 2016, pg. 89):

1º. **Destinação final fática** – o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço.

2º. **Destinação final econômica** – o consumidor não utiliza o produto ou serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.



Assim, uma loja de roupas (pessoa jurídica) que adquire 20 (vinte) blusas de uma fábrica **para revender** não pode ser considerada consumidora desta mercadoria, eis que não a adquiriu como destinatária final. A aquisição das peças de roupas fora feita com o intuito de recolocá-las no mercado por um preço superior e, naturalmente, obter um lucro com a operação.

Por outro lado, acaso esta mesma loja de roupas adquira uma televisão, é possível considerá-la consumidora nesta operação, eis que não há interesse da empresa em revender o equipamento, mas em utilizá-lo na qualidade de destinatário final.

Trata-se, pois, da aplicação prática da destinação final **fática** e **econômica** do produto ou serviço adquirido. Para Leandro Lages (2014, pg. 19), não basta ser o consumidor:

destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção e levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem. Isso significa que não pode utilizá-lo profissionalmente, pois o bem continuaria sendo um instrumento de produção. Seu valor seria embutido no preço final do produto ou do serviço disponibilizado no mercado de consumo.

Neste sentido, conforme já decidido pelo STJ:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional.

2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. **Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (...)**

(REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015)

No caso apresentado, a princípio, Maria não se encaixaria no conceito de consumidor, uma vez que adquiriu máquina de costura para melhorar o seu processo produtivo e não na qualidade de destinatária final.

Já para a interpretação maximalista, o consumidor será tão somente o destinatário final fático do produto ou serviço, independentemente de dar ao produto uma destinação produtiva ou doméstica. É que (LAGES, 2014, pg. 19):

A noção de consumidor deve ser a mais extensa possível, não importando o fim dado ao produto ou serviço adquirido, ou seja, se consumidor auferirá ou não lucro.

Exemplo desta interpretação seria o reconhecimento da relação de consumo entre uma indústria de confecção que adquire produtos de limpeza para aplicar nas peças que fabrica.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, tendo em vista a possível injustiça cometida com a aplicação cega da teoria finalista, vem reconhecendo em determinadas hipóteses - onde presente a **vulnerabilidade** do adquirente do produto – aplicar-se-ia o CDC:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC. SÚMULA Nº 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)

2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade. Tem aplicação a Súmula nº 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016)

Assim, em algumas situações justificáveis, poderá ser dispensado o atributo da destinação final econômica na caracterização do consumidor, desde que presente o requisito da **vulnerabilidade** do consumidor.

O reconhecimento da vulnerabilidade decorre do princípio constitucional da isonomia que confere tratamento desigual aos desiguais. A ideia é exatamente tratar de maneira desigual duas pessoas que no momento da contratação estão em situações diferentes, com o intuito de equipará-las, equilibrando a relação jurídica.

Três são os tipos de vulnerabilidade:

- a) **Técnica** – quanto a conhecimentos acerca das características e utilidade do produto ou serviço adquirido;
- b) **Jurídica** – decorrente da inexperiência do consumidor quanto ao mercado e da ausência de assessoria jurídica e contábil quanto aos termos da contratação;
- c) **Fática** – decorrente das circunstâncias de fato que levam o fornecedor a ser superior financeira, social e culturalmente;

No caso concreto, é possível identificarmos a vulnerabilidade fática e econômica de Maria em face da empresa fabricante de máquina de costura. Assim, é possível a aplicação das regras protetivas do CDC para Maria, adotando-se a teoria finalista mitigada aceita pelo Superior Tribunal de Justiça.

O STJ, inclusive, reconhece que Pessoa Jurídica de Direito Público poderá ser considerado consumidor em uma contratação de Energia Elétrica, por exemplo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO DA ANEEL. ANÁLISE DE NORMAS CONTIDAS EM RESOLUÇÃO. INVIABILIDADE.

(...)

2. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, para se enquadrar no conceito de consumidor, se aplica a Teoria Finalista, de forma mitigada, quando a parte contratante de serviço público é pessoa jurídica de direito público e se demonstra a sua vulnerabilidade no caso concreto. No caso dos autos, pretende-se revisar contrato firmado entre Município e concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de haver excesso de cobrança de serviço fornecido a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço. Entretanto, o acórdão recorrido não se manifestou a respeito de qualquer vulnerabilidade do ente público, razão pela qual a análise referente a tal questão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula

7/STJ.(...) (REsp 1297857/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/20

HUMANÍSTICA

Amigos e amigas, cá estou eu de volta e com um firme objetivo: reforçarmos o que aprendemos. Proponho trabalharmos com questões subjetivas para não deixar arestas. O que me dizem? Sim? Então bora lá!

1. Diferencie aristocracia e meritocracia. Qual dos sistemas pode ser considerado mais justo? Justifique.

Comentários:

Esse é o tipo de questão que pode parecer fácil, mas que quando vem a nota, a surpresa amarga aparece. Todo mundo acha que sabe falar *diboa* sobre aristocracia e meritocracia, mas o tema não é lá tão simples assim. É preciso ser um tanto técnico nessas questões para levar todos os pontos para casa. É isso que pretendemos fazer aqui.

Primeiramente, há um risco aqui de o sujeito sair falando de reis e rainhas, princesas e perder tempo (e linhas) com isso. Não é esse o foco da questão, o que se percebe pela comparação aristocracia x meritocracia.

Eu recomendo, em casos tais, conceituar ambos os modelos e depois traçar o paralelo para avaliar os tipos e responder à última parte da questão. Façamo-lo.

Primeiramente, quanto à aristocracia, ela é um modelo que distribui riqueza, oportunidades, poder de acordo com o acidente do nascimento. Trata-se de uma verdadeira loteria. O primogênito recebe todos os louros. Os demais irmãos ficam à sua sombra ou são mandados para o ministério (virar Padre). É assim que o modelo organiza a distribuição dos bens sociais: os bem-nascidos (high-born) e os maus-nascidos.

Já na meritocracia, a riqueza, o poder, as posições estão formalmente abertas a todos, que podem atingi-las pelo mérito pessoal. Porém, na prática as coisas nem sempre são tão simples assim. Quem nasce em uma boa família e recebe alta educação tem muito mais chances do que quem nasceu em um núcleo familiar despedaçado, com pai alcoólatra, poucas oportunidades educacionais e nenhum exemplo positivo. Em suma, incluir todo mundo na corrida é ótimo, mas quando os competidores partem de posições tão distantes, a prova dificilmente será justa.

Por fim, apenas dos problemas que a meritocracia possa apresentar, ela se trata, evidentemente de um melhoramento em relação à aristocracia. Subir na vida no modelo estamental era



praticamente (ou propriamente) ilegal. Na meritocracia pode até ser difícil (uns diriam improvável), mas o sujeito pode dar seus pulos e escalar a estrutura social. Ao menos do ponto de vista formal as posições sociais ficam abertas e, ora ou outra, alguém dá um jeito de explorar essas aberturas.

RÉGUA de correção:

Questão	Fundamento	Composição da Nota
Conceito de Aristocracia	Acidente do Nascimento.	1/3
Conceito de Meritocracia	Abertura formal das posições.	1/3
Análise dos modelos e indicação do mais justo	A meritocracia pode não ser aquela maravilha, mas ao menos é um avanço em relação à rigidez da aristocracia.	1/3

2. Dentro da filosofia e da Teoria Geral do Estado, disserte sobre o neocontratualismo.

Comentários:

Eu morro de medo dessas questões abertas. Sei que tem o lado bom, porque elas permitem que o candidato, de algum modo, escreva alguma coisa e consiga alguns pontinhos, que podem ser preciosos para a aprovação. Mas ainda assim o candidato bem preparado pode sair mal dessa, porque não acertou o “cerne” da questão, que não está explícito no enunciado. Bem, vamos lá!

A primeira coisa é perceber que a questão não está pedindo nada de Direito Civil. O examinador certificou-se de deixar isso claro! Veja bem: “Dentro da filosofia e da Teoria Geral do Estado”. Então, não marque bobeira. Dito isso, podemos iniciar nossa resposta.

Quanto ao **surgimento da sociedade**, há duas frentes de batalha: (a) em uma trincheira se empertigam os **NATURALISTAS** (a exemplo de Aristóteles e São Tomás de Aquino), para os quais o homem é um animal político e, por isso, nunca foi encontrado fora da vida social – a sociedade é natural ao ser humano; (b) na outra se aprumam os **CONTRATUALISTAS** (de expoentes como Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke), segundo os quais, em algum momento da história, o homem pactuou um contrato social e renunciou à liberdade natural absoluta para ingressar em sociedade, palco em que pode desenvolver ao máximo suas potencialidades. Esse seria um bom modo de iniciar a questão.



Mas há autores que utilizam a noção contratualista apenas como base. Esses são os **neocontratualistas**, os quais retomam a ideia de contrato social, só que de uma perspectiva *hipotética* (não histórica). John Rawls é um vívido exemplo disso. Ele cria uma alegoria, a da posição original (sob o véu da ignorância), para (além de servir como fundamento racional de sua teoria) assentar o momento inicial em que os homens discutiriam, em *absoluta igualdade*, os princípios da ordem social. Em que tipo de sociedade escolheria viver se não soubesse qual a posição que nela iria ocupar?

Se as pessoas não soubessem se são homens ou mulheres, bonit@s ou fei@s, inteligentes ou burric@s, fortes ou frac@s, rápid@s ou lent@s, não têm religião definida ou ideia de qual classe econômica ocupam, escolheriam as melhores regras possíveis para a sociedade – não depositariam vantagens em uma classe que não sabem se ocuparão, nem dariam prevalência a gênero, etnia, raça. A equidade (igualdade nas relações fáticas) regeria a sociedade.

O neocontratualismo, assim, entende que escolher bem as cláusulas do contrato social é uma questão séria de justiça, ideal possível se os signatários do contrato forem homens livres, iguais, racionais (capazes de selecionar concepções de bem e de meios adequados para a vida) e ainda razoáveis (dispostos a chegar a bom termo com os demais, tornando possível a vida social).

RÉGUA de correção:

Questão	Fundamento	Composição da Nota
Dentro da filosofia e da Teoria Geral do Estado.	Fazer uma introdução ao tema ou outra forma de abordagem que demonstre que conhece o objeto indicado. São aceitas abordagens que tratam da ideia de origem da sociedade. São descartadas abordagens que tratem de contratos jurídicos (Ex: Direito Civil ou Trabalhista).	1/3
Neocontratualismo	Explicar a noção de neocontratualismo dentro do espectro da humanística, podendo adotar como base o seu principal expoente (John Rawls) ou outros autores que tratem do tema de maneira paralela (como Norberto Bobbio).	1/3
Cláusulas do contrato social	Tratar, expressamente, da ideia central do modelo: a sociedade deve estabelecer um contrato social com cláusulas capazes de produzir justiça.	1/3



3. As obras “Uma Teoria da Justiça” (1971) e “Justiça como equidade” (2001), de John Rawls, estão entre as mais influentes da contemporaneidade. Disserte sobre os princípios de seu modelo de justiça.

Comentários:

Vimos aqui pra isso! Era essa a questão mais aguardada, o núcleo duro da nossa Rodada. Aqui, não podemos passar aperto.

Para John Rawls, a sociedade é um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais. Assim, o princípio geral recente do corpo social deve ser a EQUIDADE (*Justice as fairness*). Essa noção de desdobra em uma concepção geral e em uma concepção especial de justiça.

Quanto à **concepção GERAL de justiça**: os bens sociais devem ser distribuídos igualmente, exceto se a distribuição desigual de algum redunde em benefício a todos (notadamente os menos favorecidos). Afastadas as idiosincrasias (particularidades pessoais), o princípio geral recente da sociedade é a igualdade. Essa igualdade pode ser afastada excepcionalmente, exemplo, pagando melhor médicos e juízes e advogados para fins de obter saúde e justiça.

Já quanto à **Concepção ESPECIAL de justiça**: é orientada pelos princípios da liberdade e da diferença: **(a)** princípio da **LIBERDADE** = cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas, compatível com um sistema de liberdades idênticos para os demais. Ou seja: o máximo de liberdade, desde que essa não interfira indevidamente na liberdade alheia (todos devem gozar do mesmo sistema de liberdades); **(b)**; princípio da **DIFERENÇA** = as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas (1) para que razoavelmente beneficiem a todos (em especial os desprivilegiados) e (2) desde que decorram de posições e funções às quais todos tenham acesso (fala-se em **oportunidade justa**).

Logo, as desigualdades devem ser organizadas de maneira que (1) razoavelmente beneficiem a todos, com destaque para os que restarem desprivilegiados (já falamos disso na exceção da justiça geral) e (2) abram-se em posições e funções às quais todos tenham oportunidade justa (equitativa) de acesso.

Temos então, dois baldrames mestres: (1) a igualdade: defesa e positivação em nível constitucional, pois é resultado de um consenso mais direto (é algo mais lógico para todos); (2) a diferença: concretização pelo legislador, pois requer um processo gradual de adesão e aceitação – inicialmente tende a confrontar com as doutrinas abrangentes (aos poucos é assimilado em prol de uma maior igualdade social). Além, claro, da liberdade.

Em uma sociedade justa, as instituições serão formatadas com base nesses princípios.

RÉGUA de correção:



Questão	Fundamento	Composição da Nota
Princípios do seu modelo rawlseniano de justiça (Parte 1).	Concepção GERAL de justiça: IGUALDADE.	30%
Princípios do seu modelo rawlseniano de justiça (Parte 2).	Concepção ESPECIAL de justiça: LIBERDADE.	30%
Princípios do seu modelo rawlseniano de justiça (Parte 3).	Concepção ESPECIAL de justiça: DIFERENÇA.	40%

4. Disserte sobre os conceitos de equilíbrio reflexivo e consenso sobreposto.

Comentários:

Imagine você, amigo, amiga, sem estudar, defronte a uma questão dessas. É de cortar os pulsos kkkk Mas é por isso mesmo que estudamos!

Pois bem.

O **EQUILÍBRIO REFLEXIVO**, consistente em se **submeter os princípios de justiça às convicções mais ponderadas das pessoas**, procedendo-se aos ajustes e revisões necessárias (etapa que segue à posição original). Ou seja, passada a fase do véu da ignorância, analisa-se se os ajustes sociais (cláusulas do contrato) estão de acordo ou se é preciso reajustar algumas disposições (a sociedade rege-se pela cláusula *rebus sic stantibus*).

O **CONSENSO SOBREPOSTO** significa **aprovar de maneira generalizada as doutrinas abrangentes** (aquelas que englobam os vários níveis da existência humana e, portanto, julgam-se aplicáveis a todos os aspectos da vida social) **razoáveis** (não rejeitam os elementos essenciais de uma sociedade democrática constitucional, o que exclui, por exemplo, visões políticas autocráticas e ditatoriais) **que convivem na sociedade**, de modo que os princípios de justiça se tornem, justamente, o **ponto de convergência** das diferenças existentes entre elas. É sim é possível a



existência de uma sociedade estável e justa, de cidadãos livres e iguais, ainda que profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais (razoáveis, embora incompatíveis).

É preciso lembrar que o **pluralismo** é traço característico das democracias modernas – em longo prazo, o surgimento de doutrinas conflitantes e *irreconciliáveis* na cultura pública é resultado inevitável do exercício das faculdades da razão humana em um ambiente de instituições básicas livres e duradouras.

Nesse cenário, em que as pessoas têm liberdade para adotar, e de fato adotam, diferentes concepções, a menos que se recorra à violência, **NÃO há como fazer imperar uma só visão de mundo, nem mesmo para construir e aprovar princípios de justiça**. Uma vez levantado o véu da ignorância, uma miríade de filosofias, códigos morais, religiões, doutrinas passam a se considerar expressão única da verdade, em exclusão a todas as demais.

Assim, limitamo-nos a construir uma **concepção política de justiça**, descartando visões metafísicas e crenças particulares. Os arrimos devem ser os valores políticos mais ou menos comuns a todos, visões suficientemente compartilhadas entre as pessoas – embora a democracia (e o conseqüente pluralismo) tenha turvado um tanto as noções do senso comum, ainda é possível discernir princípios básicos escondidos em meio à pluralidade recôndita e variada.

RÉGUA de correção:

Questão	Fundamento	Composição da Nota
Conceito de equilíbrio reflexivo	Submeter as derivações dos princípios de justiça aos ajustes e revisões necessárias.	35%
Conceito e desdobramentos do consenso sobreposto	Consenso sobreposto: fazer com que os princípios de justiça se tornem, justamente, o ponto de convergência das diferenças existentes entre as doutrinas abrangentes e razoáveis.	65%

Agora sim!!!

Preparação mais completa impossível: tema + questões objetivas + questões subjetivas. Como eu já disse: é para encarar qualquer prova de frente!

Um forte abraço e bons estudos.



Rodadas (regulares e de reta final)



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final da primeira rodada! Vimos assuntos muito relevantes para o concurso da Magistratura.

Além disso, procuramos demonstrar como será desenvolvido nosso trabalho ao longo do Curso.

Quaisquer dúvidas, sugestões ou críticas entrem em contato conosco. Estou disponível no fórum no Curso e no Instagram.

Aguardo vocês na próxima aula. Até lá!

Luísa Petermann

Instagram: <https://www.instagram.com/coach.luisa>



ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.



1 Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.



2 Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).



3 Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).



4 Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).



5 Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).



6 Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).



7 Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.



8 O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.