



CURSO POPULAR DEFENSORIA

1º Simulado do Curso Popular da Defensoria

ESPELHO COM COMENTÁRIOS

Qualquer dúvida, podem entrar em contato com os professores, ficamos totalmente disponíveis para ajudar e resolver alguma dúvida ou erro do espelho. Obrigado!

Sumário

Direito Constitucional.....	2
Direito Administrativo e Tributário.....	29
Direito Processual Penal.....	89
Direito Civil e Empresarial	120
Direito Processual Civil.....	174
Direitos Difusos e Coletivos	228
Direito da Criança e do Adolescente.....	270
Direitos Humanos.....	312
Princípios e Atribuições Institucionais da Defensoria Pública do Estado	337



Direito Constitucional

1. Uma lei estadual é promulgada prevendo diversas condutas vedadas, posto que são consideradas maus-tratos a animais. Um trecho da normativa, entretanto, prevê que tais vedações não se aplicam para o sacrifício de animais em rituais de cultos de religiões de matriz africana. É ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo alegando inconstitucionalidade formal e material desta previsão que permite o sacrifício em determinadas situações. Diante do exposto, é correto afirmar:

(A) Sob o aspecto formal, a lei estadual violou a competência da União para legislar sobre direito penal. Isso porque o texto legal teria criado uma causa excludente de ilicitude para afastar a incidência de crime ambiental.

(B) Sob o aspecto formal, a lei estadual violou competência da União para legislar sob direito ambiental.

(C) Há inconstitucionalidade material considerando que a lei estadual somente permitiu o sacrifício de animais nos cultos de matriz africana, deixando de fora da regra os cultos de outras religiões.

(D) Em âmbito estadual, cabe à Constituição do Estado definir quais são as pessoas que têm legitimidade para propor a ação. Inclusive a Constituição Estadual poderá instituir outros legitimados que não encontram correspondência no art. 103 da CF/88.

(E) Coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade sobre a referida lei estadual, uma ajuizada perante o tribunal de justiça local e outra perante o STF, o julgamento da primeira – estadual – prejudica, em qualquer hipótese, o da segunda – perante o STF.

Gabarito: Letra D

A questão envolve diversos tópicos do controle de constitucionalidade e competência legislativa, sendo baseada nos RE 261677, julgado em 06/04/2006, RE 494601/RS, com repercussão geral, julgado em 28/3/2019 (Info 935) e ADI 3659/AM, julgada em 13/12/2018 (Info 927).

a) Para o STF, a lei estadual não tratou sobre matéria penal. O Supremo entendeu que foi instituída uma proteção normativa que estabelece regras de proteção à fauna. Não há, portanto, nenhuma matéria criminal envolvida, razão pela qual não houve usurpação de competência da União.



b) A competência para legislar sobre proteção da fauna e do meio ambiente, em geral, é concorrente, estando dividida entre a União, Estados, DF e Municípios (art. 24, VI c/c art. 30, I, da CF/88). No caso concreto, o STF considerou que a lei estadual não ofendeu a competência da União para editar normas gerais de proteção do meio ambiente. Isso porque não existe lei federal tratando sobre o sacrifício de animais com finalidade religiosa. Logo, a lei estadual, ao tratar sobre o tema, não infringiu normas gerais da União. A omissão da União na edição de normas gerais faz com que o Estado-membro tenha liberdade para estabelecer regras a respeito (art. 24, §3º, CF).

c) Neste ponto vislumbrar-se-ia possível violação ao princípio da laicidade. Contudo, este não foi o entendimento do STF. O princípio da laicidade significa dizer que o Estado brasileiro é laico (secular ou não-confessional), ou seja, não existe nele uma religião oficial (art. 19, I, CF). Assim, o Estado não pode estar associado a nenhuma religião, nem sob a forma de proteção, nem de perseguição. Há, portanto, uma separação formal entre Igreja e Estado. No caso, a proteção legal às religiões de matriz africana não representa um privilégio, mas sim um mecanismo de assegurar a liberdade religiosa, mantida a laicidade do Estado.

d) Correta, nos termos do RE 261.677. Importante o candidato sempre pesquisar este tema na Constituição Estadual do Estado em que prestará prova. Quanto ao Estado de São Paulo, segue a normativa:

Artigo 90 - São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:

I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa;

II - o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;

VI - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.

e) Neste caso, o Supremo decidiu que o julgamento da ação pelo Tribunal local somente prejudicará o julgamento da ação perante o STF se: (i) a decisão do Tribunal de Justiça for pela procedência da ação (inconstitucionalidade da lei) e (ii) se a inconstitucionalidade



for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade.

2. Sobre as ações de controle concreto de constitucionalidade, escolha a alternativa incorreta:

(A) É possível a celebração de acordo num processo de índole objetiva, como a ADPF, sendo que o Supremo deverá legitimar alguma das teses jurídicas defendidas pelas partes no processo.

(B) Em regra, o STF não admite a “teoria da transcendência dos motivos determinantes”.

(C) É cabível de ADI contra lei ou ato normativo que violou tratado ou convenção internacional que trate sobre direitos humanos e que tenha sido aprovado segundo a regra do § 3º do art. 5º, da CF/88.

(D) Se não foi atingido o número mínimo de votos para a declaração de inconstitucionalidade da lei, não sendo alcançado o quórum exigido pelo art. 97 da CF/88, entende-se que o STF não se pronunciou sobre juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

(E) O STF, ao julgar as ações de controle abstrato de constitucionalidade, não está vinculado aos fundamentos jurídicos invocados pelo autor.

Gabarito: Letra A

a) É possível a celebração de acordo num processo de índole objetiva, como a ADPF, desde que fique demonstrado que há no feito um conflito intersubjetivo subjacente (implícito), que comporta solução por meio de autocomposição. Vale ressaltar que, na homologação deste acordo, o STF não irá chancelar ou legitimar nenhuma das teses jurídicas defendidas pelas partes no processo. O STF irá apenas homologar as disposições patrimoniais que forem combinadas e que estiverem dentro do âmbito da disponibilidade das partes. A homologação estará apenas resolvendo um incidente processual, com vistas a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional. STF. Plenário. ADPF 165/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 1º/3/2018 (Info 892).



- b) O STF não admite a “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. Segundo a teoria restritiva, adotada pelo STF, somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. Os motivos invocados na decisão (fundamentação) não são vinculantes. A reclamação no STF é uma ação na qual se alega que determinada decisão ou ato: • usurpou competência do STF; ou • desrespeitou decisão proferida pelo STF. Não cabe reclamação sob o argumento de que a decisão impugnada violou os motivos (fundamentos) expostos no acórdão do STF, ainda que este tenha caráter vinculante. Isso porque apenas o dispositivo do acórdão é que é vinculante. Assim, diz-se que a jurisprudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante. STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808). STF. 2ª Turma. Rcl 22012/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/9/2017 (Info 887).
- c) Em regra, não é cabível ADI sob o argumento de que uma lei ou ato normativo violou um tratado internacional. Em regra, os tratados internacionais não podem ser utilizados como parâmetro em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Exceção será cabível de ADI contra lei ou ato normativo que violou tratado ou convenção internacional que trate sobre direitos humanos e que tenha sido aprovado segundo a regra do § 3º do art. 5º, da CF/88. Isso porque neste caso esse tratado será incorporado ao ordenamento brasileiro como se fosse uma emenda constitucional. STF. Plenário. ADI 2030/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 9/8/2017 (Info 872).
- d) Se for proposta uma ADI contra determinada lei, e cinco Ministros votam pela inconstitucionalidade da lei, quatro Ministros votam pela constitucionalidade e dois Ministros declaram-se impedidos de votar, não foi atingido o número mínimo de votos para a declaração de inconstitucionalidade da lei (6 votos). Assim, como não foi alcançado o quórum exigido pelo art. 97 da CF/88, entende-se que o STF não pronunciou juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Isso significa que o STF não declarou a lei nem constitucional nem inconstitucional. Além disso, esse julgamento não tem eficácia vinculante, ou seja, os juízes e Tribunais continuam livres para decidir que a lei é constitucional ou inconstitucional, sem estarem vinculados ao STF. STF. Plenário. ADI 4066/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 23 e 24/8/2017 (Info 874).
- e) Pode-se dizer que na ADI, ADC e ADPF, a causa de pedir (causa petendi) é aberta. Isso significa que todo e qualquer dispositivo da Constituição Federal ou do restante do bloco de constitucionalidade poderá ser utilizado pelo STF como fundamento jurídico para declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional. STF. Plenário. ADI 3796/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 8/3/2017 (Info 856).



3. A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Contudo, nos últimos anos, diversos eventos demonstraram severo ataque a este direito basilar. Tem sido recorrente o ajuizamento de ações para que sejam retiradas reportagens jornalísticas de sítios eletrônicos, além de já terem sido recolhidos livros em feira literária-cultural, bem como já ter sido impedida a encenação de uma peça teatral. Diante do tema exposto, assinale a alternativa incorreta:

(A) O STF tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. Diante disso, se uma decisão judicial determina que se retire do site de uma revista determinada matéria jornalística, esta decisão viola a orientação do STF, cabendo reclamação.

(B) No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões.

(C) Em regra, a colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade deve ser resolvida primordialmente pela retificação, pelo direito de resposta ou pela reparação civil.

(D) Podem ser utilizados como critérios a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, ser a personalidade pública ou privada, local e natureza do fato, existência de interesse público na divulgação e preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

(E) Para que seja publicada uma biografia é necessária a autorização prévia do indivíduo biografado e das demais pessoas retratadas. Essa autorização prévia não seria uma forma de censura, não sendo compatível com a liberdade de expressão consagrada pela CF/88.

Gabarito: Letra E

a) Em regra, o STF é muito restritivo em aceitar reclamações propostas contra decisões que teriam desrespeitado acórdãos da Corte. Essa linha restritiva, no entanto, tem sido excepcionada em processos relacionados com a liberdade de expressão ou liberdade de imprensa. Nesses casos, o STF tem proferido inúmeras decisões admitindo reclamações mesmo que a decisão reclamada não esteja baseada no mesmo ato declarado inconstitucional em sede concentrada. A justificativa para essa postura mais



ampla está no fato de que a liberdade de expressão ainda não se tornou uma ideia suficientemente enraizada na cultura do Poder Judiciário de uma maneira geral. Não sem sobressalto, assiste-se à rotineira providência de juízes e tribunais no sentido de proibirem ou suspenderem a divulgação de notícias e opiniões, num “ativismo antiliberal” que precisa ser contido.

b) A censura consiste na possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento. A censura é proibida pela CF/88 em diversos dispositivos (art. 5º, IV, IX e XIV, bem como art. 220, §§ 1º e 2º). Diante da existência de diversos dispositivos assegurando a liberdade de expressão, podemos dizer que a Carta de 88 conferiu uma espécie de “prioridade” para essa garantia. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão (aqui entendida em sentido amplo) possui uma posição preferencial (preferred position) em relação aos demais direitos. Isso significa que o afastamento da liberdade de expressão é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Como consequência disso, deve-se fazer uma análise muito rigorosa, criteriosa e excepcional de toda e qualquer medida que tenha por objetivo restringir a liberdade de expressão.

c) Nenhum direito constitucional é absoluto e, portanto, a liberdade de expressão também não é. A própria Constituição impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, como por exemplo: (i) vedação do anonimato (art. 5º, IV); (ii) direito de resposta (art. 5º, V); (iii) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); (iv) classificação indicativa (art. 21, XVI); e (v) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

d) O Min. Roberto Barroso defende a aplicação de 8 critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. São eles:

a) veracidade do fato: a notícia divulgada dever ser verdadeira. Isso porque a informação que goza de proteção constitucional é a verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

b) licitude do meio empregado na obtenção da informação: o conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas



obtidas por meios ilícitos, também proíbe a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se o jornalista ou alguém empreitado pelo veículo de comunicação realizou, por exemplo, uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação, em princípio, não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos.

c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia: a depender se a pessoa for uma personalidade pública ou privada, o grau de exposição é maior ou menor.

d) local do fato: deve-se analisar também se os locais dos fatos narrados são reservados ou protegidos pelo direito à intimidade.

e) natureza do fato: deve-se analisar se os fatos divulgados possuem caráter sigiloso ou se estão relacionados com a intimidade da pessoa.

f) existência de interesse público na divulgação em tese: presume-se, como regra geral, o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro.

g) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação: o uso abusivo da liberdade de expressão pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a proibição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso.

e) Nos termos do exarado pelo Supremo na ADI 4815/DF, é inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes. Caso o biografado ou qualquer outra pessoa retratada na biografia entenda que seus direitos foram violados pela publicação, terá direito à reparação, que poderá ser feita não apenas por meio de indenização pecuniária, como também por outras formas, tais como a publicação de ressalva, de nova edição com correção ou de direito de resposta (Info 789).



4. Em relação às competências legislativas, assinale a alternativa incorreta:

- (A) A Constituição Estadual pode prever que o Estado e os Municípios deverão reservar vagas para pessoas com deficiência.
- (B) Lei estadual pode proibir que as concessionárias de energia elétrica cobrem um valor do consumidor para a religação do serviço que havia sido suspenso por inadimplemento.
- (C) É constitucional lei municipal que estabelece que os supermercados ficam obrigados a colocar à disposição dos consumidores pessoal suficiente nos caixas, de forma que a espera na fila não seja superior a 15 minutos.
- (D) É inconstitucional lei municipal que institua loteria local.
- (E) São inconstitucionais leis municipais que proíbam o serviço de transporte de passageiros mediante aplicativo.

Gabarito: D

Alternativa A:

O STF admite tal previsão, com base no seguinte argumento: “Apesar de, em tese, a Constituição Estadual não poder dispor sobre servidores municipais, sob pena de afronta à autonomia municipal, neste caso não há inconstitucionalidade, considerando que se trata de mera repetição de norma da CF/88: Art. 37 (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018 (Info 921).

Alternativa B:

Lei estadual NÃO pode proibir que as concessionárias de energia elétrica cobrem um valor do consumidor para a religação do serviço que havia sido suspenso por inadimplemento. Trata-se de decisão do Plenário do STF, nos seguintes termos: “É inconstitucional lei estadual que proíbe que as empresas concessionárias cobrem “taxa” de religação no caso de corte de fornecimento de energia por atraso no pagamento. Essa lei estadual invadiu a competência privativa da União para dispor sobre energia, violando, assim, o art. 22, IV, da CF/88. Além disso, também interferiu na prestação de um serviço público federal,



considerando que o serviço de energia elétrica é de competência da União, nos termos do art. 21, XII, “b”, da CF/88.” (STF. Plenário. ADI 5610/BA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 8/8/2019 (Info 946)).

Não confundir: É constitucional lei estadual que proíbe que as empresas concessionárias façam o corte do fornecimento de água e luz por falta de pagamento, em determinados dias. STF. Plenário. ADI 5961/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/12/2018 (Info 928).

Alternativa C:

A constitucionalidade foi atestada pelo STF, com base nos seguintes argumentos: “É constitucional lei municipal que estabelece que os supermercados e hipermercados do Município ficam obrigados a colocar à disposição dos consumidores pessoal suficiente no setor de caixas, de forma que a espera na fila para o atendimento seja de, no máximo, 15 minutos. Isso porque compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de estabelecimentos empresariais. Vale ressaltar que essa lei municipal não obriga a contratação de pessoal, e sim sua colocação suficiente no setor de caixas para o atendimento aos consumidores.” (STF. 1ª Turma. ARE 809489 AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 28/5/2019 (Info 942))

Não confundir: São Inconstitucionais as leis que obrigam supermercados à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa. STF. Plenário. RE 839950/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/10/2018 (repercussão geral) (Info 921).

Alternativa D:

O STF entende ser inconstitucional lei municipal que cria concurso de prognósticos de múltiplas chances (loteria) em âmbito local. A competência para tratar sobre esse assunto (sistemas de sorteios) é privativa da União, conforme determina o art. 22, XX, da CF/88. Sobre o tema, vale a pena lembrar a Súmula Vinculante 2: é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.” (STF. Plenário. ADPF 337/MA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/10/2018 (Info 920)).

Alternativa E:

O STF decidiu pela inconstitucionalidade de lei municipal que vede o transporte por aplicativo (STF. Plenário. ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1054110/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 8 e 9/5/2019 (repercussão geral) (Info 939)), com base nos seguintes argumentos:



- a) Livre exercício da profissão (CF, 5º, XIII)
 - b) Busca do pleno emprego (CF, 170, VIII, da CF/88)
 - c) Livre iniciativa (CF, 1º, IV, e 170)
 - d) Compatibilidade com a legislação federal: além da Lei nº 13.640/2018, o serviço de transporte por aplicativos está também de acordo com a Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012) e com o art. 3º, VIII, do Marco Civil da Internet
 - e) Restrição da interferência do poder estatal sobre o funcionamento da economia: apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional.
 - f) Limitações aos aplicativos de transportes não são proporcionais: limitação desproporcional às liberdades de iniciativa e de profissão, o que provoca restrição oligopolista do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade.
 - g) Leis de ordenação das cidades devem respeitar as liberdades fundamentais constitucionalmente previstas
 - h) Inovação disruptiva: um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias e velhos modos de produção por novas formas de produção. A melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem, não é impedir o progresso, mas sim tentar produzir as vias conciliatórias possíveis.
5. A respeito do processo legislativo, assinale a alternativa incorreta:
- (A) A Constituição Estadual só pode exigir lei complementar para tratar das matérias que a Constituição Federal também exigiu lei complementar
 - (B) A proposta de Emenda Constitucional pode apresentada por 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
 - (C) A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.
 - (D) As Medidas Provisórias podem tratar sobre matéria ambiental, independente de seu conteúdo.



(E) É vedada Lei Delegada que verse sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais.

Gabarito: Letra D

Alternativa A:

A Constituição Estadual não pode ampliar as hipóteses de reserva de Lei Complementar. Apesar de não haver hierarquia entre Lei Ordinária e Lei Complementar, esta última possui uma aprovação mais difícil, com um quórum de maioria absoluta. Assim, a ampliação do rol de matérias reservadas à Lei Complementar restringe o “arranjo democrático-representativo” da CF/88, exigindo mobilização parlamentar mais intensa. Nesse sentido, STF. Plenário. ADI 5003/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 5/12/2019 (Info 962).

Vale observar que o julgado acima representa uma mudança de entendimento do STF. Anteriormente, o STF possuía julgado no sentido de não haver dispositivo na CF/88 que impeça o constituinte estadual de exigir quórum maior (Lei Complementar) para tratar sobre essa questão. STF. Plenário. ADI 2314/RJ, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 17/6/2015 (Info 790). Trata-se de entendimento superado, portanto.

Alternativa B:

A alternativa traz corretamente um dos incisos dos legitimados a apresentar proposta de Emenda Constitucionais:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Note que a CF/88 não permite a iniciativa popular para a edição de Emenda Constitucional¹. Apesar disso, é permitido às Constituições Estaduais a iniciativa nesse sentido: A iniciativa popular de emenda à Constituição Estadual é compatível com a Constituição Federal, encontrando fundamento no art. 1º, parágrafo único, no art. 14, II e III e no art. 49, XV, da CF/88. Embora a Constituição Federal não autorize proposta



de iniciativa popular para emendas ao próprio texto, mas apenas para normas infraconstitucionais, não há impedimento para que as Constituições Estaduais prevejam a possibilidade, ampliando a competência constante da Carta Federal. STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018 (Info 921).

Alternativa C:

A assertiva reproduz todos os requisitos exigidos para a iniciativa popular da Lei. Previstos na CF/88:

Art. 61. § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Alternativa D:

“É possível a edição de medidas provisórias tratando sobre matéria ambiental, mas sempre veiculando normas favoráveis ao meio ambiente.

Normas que importem diminuição da proteção ao meio ambiente equilibrado só podem ser editadas por meio de lei formal, com amplo debate parlamentar e participação da sociedade civil e dos órgãos e instituições de proteção ambiental, como forma de assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, é inconstitucional a edição de MP que importe em diminuição da proteção ao meio ambiente equilibrado, especialmente em se tratando de diminuição ou supressão de unidades de conservação, com consequências potencialmente danosas e graves ao ecossistema protegido. A proteção ao meio ambiente é um limite material implícito à edição de medida provisória, ainda que não conste expressamente do elenco das limitações previstas no art. 62, § 1º, da CF/88. STF. Plenário. ADI 4717/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 5/4/2018 (Info 896).

Alternativa E:

A alternativa traz um dos incisos relativos às vedações da lei delegada, conforme previsão na CF/88:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...)



II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

Importante diferenciar da vedação relativa à Lei Complementar, já que muito parecida e facilmente confundida com a lei delegada:

Art. 62. (...)§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

6. A respeito do Sistema de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, assinale a alternativa correta:

(A) Uma das hipóteses de decretação do Estado de Defesa é a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Sítio.

(B) O tempo de duração do Estado de Sítio não será superior a 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

(C) As imunidades parlamentares ficarão restritas tanto no Estado de Defesa como no de Sítio.

(D) Tanto os policiais militares quanto os civis não possuem direito de greve.

(E) As punições disciplinares aplicadas aos militares não podem, em qualquer hipótese, ser atacadas via Habeas Corpus

Gabarito: D

Questões relativas ao Sistema de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, em especial o Estado de Defesa e de Sítio, tem sido cobradas em provas de concurso, a exemplo das primeiras fases da DPE/SP e DPE/MG em 2019. Recomendável, portanto, uma revisão dos artigos a respeito (notadamente os artigos 136 a 139) e a jurisprudência recente sobre o tema.

Alternativas A:

A alternativa A confunde os institutos do Estado de Defesa e de Sítio. Para solucionar a questão, lembre que o Estado de Defesa vale para situações menos gravosas que o



Estado de Sítio, fato que terá reflexos nas suas hipóteses. Nessa linha, uma das hipóteses de decretação do Estado de Sítio é justamente quando as medidas do Estado de Defesa forem ineficazes (CF, Art. 137, inciso I).

Alternativa B:

O prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, é o aplicável ao Estado de DEFESA, tendo o Estado de Sítio regra diferenciada:

Duração do Estado de Defesa:

30 dias, podendo prorrogar UMA vez por igual período, se persistirem as razões (CF, Art. 176, § 2º)

Duração do Estado de Sítio:

- hipótese do inciso I, Art. 137: não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, DE CADA VEZ, por prazo superior (CF, Art. 138, § 1º)

(note que, aqui, pode haver mais de uma prorrogação)

- hipótese do inciso II, Art. 137: poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira. (CF, Art. 138, § 1º)

Alternativa C:

Durante o Estado de Sítio, as imunidades, em regra, ficam mantidas, só sendo suspensas por voto de 2/3 dos membros da respectiva Casa, no caso de atos praticados fora do Congresso Nacional e que sejam incompatíveis com a execução da medida (CF, art. 53, §8º).

Quanto ao Estado de Defesa, como não há regra expressa na Constituição e vale para situações menos graves, entende-se que não haverá suspensão da Imunidade Parlamentar, sem exceções.

Para facilitar a memorização, um quadro resumo com as principais diferenças entre os dois institutos ora estudados:

Estado de Defesa

Estado de Sítio

Formalidades:

- Presidente DECRETA



- Submissão do Decreto ao Congresso Nacional: prazo de 24 horas, que decidirá por maioria absoluta.

(rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa)

Formalidades:

- Presidente SOLICITA ao Congresso Nacional autorização para decretar
- Congresso Nacional decide por maioria absoluta

Hipóteses:

Reestabelecer a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por:

- grave e iminente instabilidade institucional
- calamidades de grandes proporções na natureza

Hipóteses:

- comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
- declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Medidas coercitivas:

- restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

- ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

- prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida (nos termos do § 3º, Art. 136, CF)

Medidas coercitivas:

- obrigação de permanência em localidade determinada;



- detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- suspensão da liberdade de reunião;
- busca e apreensão em domicílio;
- intervenção nas empresas de serviços públicos;
- requisição de bens.

Duração:

30 dias, podendo prorrogar UMA vez por igual período, se persistirem as razões (CF, Art. 176, § 2º)

Duração:

- hipótese do inciso I, Art. 137: não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, DE CADA VEZ, por prazo superior (CF, Art. 138, § 1º)

(note que, aqui, pode haver mais de uma prorrogação)

- hipótese do inciso II, Art. 137: poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira. (CF, Art. 138, § 1º)

Imunidades parlamentares: podem ser suspensas por voto de 2/3 dos membros da respectiva Casa, no caso de atos praticados fora do Congresso Nacional e que sejam incompatíveis com a execução da medida (CF, art. 53, §8º).

Não haverá suspensão da Imunidade Parlamentar, sem exceções.

Alternativa D:

A greve é proibida ao militar, conforme artigo 142, §3º, inc. IV CF. Tal dispositivo abrange não só os membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), como também os militares dos Estados, do DF e dos Territórios (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares – art. 42, §1º, que determina a aplicação do art. 142, §3º).

No que toca aos integrantes da polícia civil, por serem servidores não militares, teriam, em tese, o direito à greve (CF, artigo 37, inc. VII CF e Mandados de Injunção 670, 708 e



712, determinando a aplicação da lei do setor privado (Lei 7.783/89) até que a matéria seja regulamentada por lei própria). Entretanto, o STF, em Repercussão Geral, entendeu que os policiais civis, bem como os demais servidores públicos que atuam na área da segurança pública, não podem exercer o direito de greve. Nesse sentido:

“(...) 1.A atividade policial é carreira de Estado imprescindível a manutenção da normalidade democrática, sendo impossível sua complementação ou substituição pela atividade privada. A carreira policial é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição Federal não permite. 2.Aparente colisão de direitos. Prevalência do interesse público e social na manutenção da segurança interna, da ordem pública e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria de servidores públicos. Impossibilidade absoluta do exercício do direito de greve às carreiras policiais. Interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos artigos 9º, § 1º, 37, VII e 144. (...)” STF. Plenário. ARE 654432/GO, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 5/4/2017 (repercussão geral) (Info 860).

Alternativa E:

O art. 142, §2º CF veda o uso do habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. Apesar disso, os Tribunais superiores admitem tal remédio constitucional contra punições disciplinares militares para análise da regularidade formal do procedimento administrativo ou de manifesta teratologia, excluindo-se as questões quanto ao mérito administrativo da sanção (nesse sentido, RHC 52787/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 01/12/2014).

7. Sobre o Direito à educação, conforme disciplina da CF/88 e entendimentos dos Tribunais Superiores, assinale a alternativa incorreta:

(A) A educação básica obrigatória e gratuita abrange as idades de 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria

(B) Não é possível, atualmente, o homeschooling no Brasil

(C) O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

(D) O atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino



(E) As Universidades públicas não podem cobrar mensalidade em cursos de especialização

Gabarito: Alternativa E

Alternativa A:

O ordenamento brasileiro fixa alguns importantes critérios etários para ensino de crianças e adolescentes. De início, a CF/88 traz os seguintes marcos temporais”

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Ainda, a legislação infraconstitucional estabelece a idade mínima de 4 (quatro) anos para o ingresso na educação infantil e de 6 (seis) anos para o ensino fundamental. Tais marcos foram considerados constitucionais pelo STF:

“São constitucionais a exigência de idade mínima de quatro e seis anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental, bem como a fixação da data limite de 31 de março para que referidas idades estejam completas. STF. Plenário. ADPF 292/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/8/2018 (Info 909).”

“As Resoluções nº 01/2010 e nº 06/2010, ambas emanadas da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB), (...) encontram respaldo na interpretação conjunta dos arts. 29 e 32 da Lei nº 9.394/96 (LDB). O Poder Judiciário não pode substituir-se às autoridades públicas de educação para fixar ou suprimir requisitos para o ingresso de crianças no ensino fundamental, quando os atos normativos de regência não revelem traços de ilegalidade, abusividade ou ilegitimidade.

STJ. 1ª Turma. REsp 1412704/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 16/12/2014.

Assim, a fixação de um critério único e objetivo para o ingresso nas séries iniciais da educação infantil e do ensino fundamental não viola os princípios da isonomia, proporcionalidade e do acesso à educação. O importante é que seja assegurado ao aluno entre 4 e 17 anos o acesso à educação, de acordo com a sua capacidade. Desse modo,



a regulamentação questionada, relativa à transição entre as etapas de ensino, está em conformidade com o art. 208, I e IV, da Constituição Federal.

Alternativa B:

O STF enfrentou o tema do homeschooling (ensino domiciliar) recentemente, tendo admitido sua implantação no Brasil, mas condicionado à regulamentação por legislação:

“Não há, na CF/88, uma vedação absoluta ao ensino domiciliar. A CF/88, apesar de não o prever expressamente, não proíbe o ensino domiciliar. No entanto, o ensino domiciliar não pode ser atualmente exercido porque não há legislação que regulamente os preceitos e as regras aplicáveis a essa modalidade de ensino. Assim, o ensino domiciliar somente pode ser implementado no Brasil após uma regulamentação por meio de lei na qual sejam previstos mecanismos de avaliação e fiscalização, devendo essa lei respeitar os mandamentos constitucionais que tratam sobre educação. STF. Plenário. RE 888815/RS, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12/9/2018 (repercussão geral) (Info 915).”

Assim, se atualmente os pais adotarem o homeschooling, podem ser responsabilizados civil e criminalmente, com base, por exemplo, no artigo 1.634, inciso I, CC e artigos 22, 55, 56, 129, V, 249 do ECA.

Alternativa C:

Art. 210. (...) § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Note que, apesar de facultativa a matrícula, o ensino religioso será oferecido nos horários NORMAIS das escolas.

Sobre o tema, o STF já se pronunciou pela natureza confessional do ensino religioso no Brasil:

“O STF julgou improcedente a ADI e decidiu que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, pode sim ser vinculado a religiões específicas. A partir da conjugação do binômio Laicidade do Estado (art. 19, I) e Liberdade religiosa (art. 5º, VI), o Estado deverá assegurar o cumprimento do art. 210, § 1º da CF/88, autorizando na rede pública, em igualdade de condições o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação. Assim, deve ser permitido aos alunos, que expressa e voluntariamente se matricularem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por



integrantes da mesma, devidamente credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público.” STF. Plenário. ADI 4439/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/9/2017 (Info 879).

Alternativa D:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

A educação dos deficientes foi também tratada no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o qual, inclusive, vetou o repasse de valores adicionais nas mensalidades dos alunos deficientes. Tal dispositivo foi considerado constitucional pelo STF: “São constitucionais o art. 28, § 1º e o art. 30 da Lei nº 13.146/2015, que determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação.” STF. Plenário. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016 (Info 829).

Alternativa E:

Importante diferenciar o ensino nas universidades públicas das atividades de pesquisa e extensão. O ensino público recebe de forma prioritária os recursos públicos e deve ser gratuito, conforme previsão constitucional:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;²

Tal assunto, inclusive, foi ratificado por meio da Súmula Vinculante 12:

SV 12: A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, inciso IV, da Constituição Federal.

A pesquisa e extensão também são financiadas por recursos públicos, mas a própria CF/88 permite que haja a captação de recursos privados³. A pós-graduação (cursos de especialização) é considerada uma atividade de pesquisa e extensão.

8. Acerca do constitucionalismo e da teoria constitucional, assinale a alternativa correta:



(A) Segundo a cláusula não-obstante, adotada, por exemplo, no Canadá, o Parlamento pode, formalmente, superar decisão da Corte Constitucional que reconheça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No Brasil, tal possibilidade não se mostra viável, tendo em vista que o STF tem sempre a última palavra em matéria constitucional, não sendo possível o fenômeno da superação legislativa.

(B) O neoconstitucionalismo é um fenômeno que identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem como marco filosófico o pós-positivismo; como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2a. Guerra Mundial; e, como marco teórico, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

(C) A jurisdição constitucional forte adota o posicionamento de que, embora os Tribunais detenham poder de proteger direitos, ocorre a desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes ao parlamento de ter a última palavra.

(D) Constitucionalismo multinível é termo cunhado por Marcelo Neves e traz a ideia de entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas afins. Esse termo trabalha no sentido de fazer com que um determinado problema seja combatido da mesma forma em vários Estados.

(E) O novo constitucionalismo latino-americano sedimenta-se na ideia de Estado plurinacional, reconhecendo, constitucionalmente, o direito à diversidade cultural e à identidade e, assim, revendo os conceitos de legitimidade e participação popular, especialmente de parcela da população historicamente excluída dos processos de decisão, como a população indígena, estando plenamente consolidado no Estado brasileiro.

Gabarito: Letra B

Alternativa A: *Segundo a cláusula não-obstante, adotada, por exemplo, no Canadá, o Parlamento pode, formalmente, superar decisão da Corte Constitucional que reconheça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No Brasil, tal possibilidade não se mostra viável, tendo em vista que o STF tem sempre a última palavra em matéria constitucional, não sendo possível o fenômeno da superação legislativa.*



Questão já cobrada em prova de segunda fase do MPGO, veja-se o espelho então disponibilizado:

“Esta deve sua origem ao departamentalismo, corrente constitucional que tenciona distribuir a prerrogativa de interpretar a Constituição entre os diversos Poderes do Estado, evitando o surgimento de um Poder Judiciário incontestável, que sempre dá a última palavra em matéria de constitucionalidade de atos normativos.

Assim, a cláusula permite que o Parlamento mantenha em vigor ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, caracterizando um modelo dialógico de controle de constitucionalidade. Se bem que inexistente a cláusula “não obstante” no ordenamento constitucional, isso não significa que o Congresso Nacional esteja irremediavelmente sujeito aos entendimentos dimanados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade de leis ou de atos normativos. Deveras, os efeitos vinculantes, inatos às decisões proferidas em controle concreto de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, consoante a dicção do art. 102, § 2º, e do art. 103-A, ambos da Carta da República”

A cláusula não-obstante, de fato, não existe no Brasil, contudo, o erro da questão está em afirmar que o parlamento (Congresso Nacional) não pode superar decisão judicial, o que já ocorreu, por exemplo, no caso que tratou sobre a “Vaquejada”. No caso, após o STF declarar a inconstitucionalidade da prática da Vaquejada (por maltratar os animais envolvidos), o Congresso promulgo EC que constitucionalizou a prática.

Isso foi chamado de superação legislativa. O STF entende que é possível tal instituto?

Sim. Conforme Márcio Cavalcante: “O STF possui, segundo a CF/88, a missão de dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição. Isso não significa, contudo, que o legislador não tenha também a capacidade de interpretação do Texto Constitucional. O Poder Legislativo também é considerado um intérprete autêntico da Constituição e, justamente por isso, pode editar uma lei ou EC tentando superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento do STF a respeito de determinado tema, mesmo que a Corte já tenha decidido o assunto em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A isso se dá o nome de “reação legislativa” ou “superação legislativa da jurisprudência”. A reação legislativa é uma forma de “ativismo congressual” com o objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do STF, estando, portanto, amparado no princípio da separação de poderes.”

Também é comum usar o termo “efeito backlash”, que significa que, quando uma corte constitucional avança em determinadas decisões progressistas, pode ocorrer o efeito de instar o Congresso, mais conservador, a agir. Nessa ação, além de anular o que foi obtido



com a decisão judicial, há ainda um retrocesso em relação à situação anterior à decisão da corte, o que foi verificado no caso da Vaquejada.

Por fim, o STF fixou as seguintes teses sobre o tema:

) O STF não subtrai ex ante a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário. Em outras palavras, o STF não proíbe que o Poder Legislativo edite leis ou emendas constitucionais em sentido contrário ao que a Corte já decidiu. Não existe uma vedação prévia a tais atos normativos. O legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência. Trata-se de uma reação legislativa à decisão da Corte Constitucional com o objetivo de reversão jurisprudencial.

b) No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas.

c) No caso de reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima.

A novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis in your face) se submete a um controle de constitucionalidade mais rigoroso.

Para ser considerada válida, o Congresso Nacional deverá comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou a decisão do STF no passado não mais subsistem. O Poder Legislativo promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa.

Vale ressaltar, no entanto, que excetuadas as situações de ofensa evidente ao texto constitucional, o STF deve adotar comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador.



Alternativa B: O neoconstitucionalismo é um fenômeno que identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem como marco filosófico o pós-positivismo; como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª. Guerra Mundial; e, como marco teórico, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Correto. Essa visão é obtida a partir de famosa posição do Ministro Luis Roberto Barroso, que explica o tema de uma forma que já foi bastante cobrada em concursos.

Para aprofundar, sugiro a leitura do seguinte texto:
https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm

Alternativa C: A jurisdição constitucional forte adota o posicionamento de que, embora os Tribunais detenham poder de proteger direitos, ocorre a desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes ao parlamento de ter a última palavra.

A questão tratou justamente do conceito adverso, de jurisdição fraca. A jurisdição constitucional forte, por sua vez, é a verificada no Brasil segundo doutrina majoritária, no qual o papel da corte constitucional é o de dar a última palavra em termos de controle de constitucionalidade.

Destaca-se que tal concepção não torna a decisão judicial livre de qualquer possibilidade de modificação, conforme visto na alternativa A, sendo mais contemporânea a ideia de diálogos institucionais, trabalhando com uma última palavra provisória, que pode sofrer modificações, devendo os Poderes e Instituições atuarem de forma dialógica.

Alternativa D: Constitucionalismo multinível é termo cunhado por Marcelo Neves e traz a ideia de entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas afins. Esse termo trabalha no sentido de fazer com que um determinado problema seja combatido da mesma forma em vários Estados.

Marcelo Neves é um autor mineiro que trabalha com a ideia de Transconstitucionalismo, que supera o constitucionalismo provinciano, considerando o processo de globalização do direito constitucional.

O conceito, de fato, trata do constitucionalismo multinível, porém, da autora Ingolf Pernice. Para aprofundar sobre o tema, já cobrado na DPESP:
<https://rumoadefensoria.com/artigo/constitucionalismo-multinivel>

Alternativa E: O novo constitucionalismo latino-americano sedimenta-se na ideia de Estado plurinacional, reconhecendo, constitucionalmente, o direito à diversidade cultural



e à identidade e, assim, revendo os conceitos de legitimidade e participação popular, especialmente de parcela da população historicamente excluída dos processos de decisão, como a população indígena, estando plenamente consolidado no Estado brasileiro.

A questão está correta até tratar sobre o estado do novo constitucionalismo no Brasil, onde ainda não há suficiente apreço a tal doutrina, mais forte no Equador, Bolívia e Venezuela.

Para aprofundar:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/09/03/constitucionalismo-latino-americano-e-estado-plurinacional/>

9. “Reconhece a inexistência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo. O teor literal da norma (elemento literal da doutrina clássica), que será considerado pelo intérprete, deve ser analisado à luz da concretização da norma em sua realidade social.”

O trecho acima diz respeito a qual método de interpretação constitucional?

- (A) Normativo-estruturante
- (B) Hermenêutico clássico
- (C) Hermenêutico-concretizador
- (D) Científico-espiritual
- (E) Tópico-problemático

A: No método normativo-estruturante a primeira ideia é a de que a norma jurídica não se identifica com seu texto, ela é o resultado de um processo de concretização (Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011). A norma é composta pelo seu texto (conteúdo normativo) e o trecho da realidade social sobre a qual incide (o domínio normativo). Conforme o mesmo autor, o texto da norma deve ser tomado apenas como ponto inicial do programa normativo, sendo este entendido como “conjunto de domínios linguísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico”, sendo imprescindível que se passe pela análise do domínio normativo, vale dizer, o “conjunto de domínios reais fáticos, abrangidos em função do programa normativo, ou seja, a porção da realidade social tomada como estrutura fundamental e que o próprio programa normativo autoriza a recortar”. A norma



jurídica, portanto, resulta da união desses dois aspectos. Algo extremamente relevante para a compreensão desse método é que, segundo Müller, o texto de uma norma deve ser visto apenas como a “ponta do iceberg”.

B: O método clássico trabalha com as regras de Savigny, interpretando a constituição como se lei fosse, seguindo o critério gramatical, teleológico, histórico e sistemático.

C: Por sua vez, no método hermenêutico-concretizador o intérprete deve começar o caminho interpretativo pela Constituição. O intérprete faz a interpretação com vistas a resolução de um caso concreto, porém, vinculado ao texto constitucional. Se inicia a partir das pré-compreensões do intérprete (pressuposto subjetivo) sobre o tema, sendo que terá que intermediar o texto constitucional com o contexto fático (pressupostos objetivos), num movimento de ir e vir, denominado pela doutrina de círculo hermenêutico. Para esse método, a interpretação somente estará completa com a aplicação, a concretização da norma, seja através como fundamento a regulamentação legal ou administrativa, ou com fundamento de uma decisão judicial (Puccinelli Júnior, André. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.).

D: Contrapondo-se às correntes de feição mais formalista, o conhecido “método científico-espiritual de interpretação da Constituição” prega que o sentido das normas constitucionais deve ser apreendido de forma global e sistêmica, sem nunca perder a conexão com a realidade fática existente, vez que esta interfere no resultado do próprio processo hermenêutico, através da “integração” do texto constitucional.

E: No método tópico-problemático a interpretação constitucional parte de um problema concreto. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012): “método da tópica toma a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa”. Sua denominação decorre da utilização dos topoi (pontos de vistas comuns, lugares comuns, formas de argumentação), isto é, pontos de vista comum acerca de normas constitucionais, na resolução de casos concretos, escolhendo aqueles que possibilite a solução mais justa. Críticas: risco de um casuismo ilimitado, enfraquece a visão da força normativa da constituição.

10. A respeito das mutações constitucionais, assinale a alternativa incorreta:

(A) A mutação constitucional é método informal de alteração da Constituição, pelo qual se dá novo sentido a uma norma constitucional sem a modificação de seu texto, isto é, sem o processo formal de alteração por meio de emendas (art. 60, CF). Por ela, privilegia-se o caráter dinâmico e prospectivo da Constituição.



(B) Um dos mecanismos pelos quais é possível que se dê a mutação constitucional é pela atuação do legislador.

(C) Conforme já decidiu o STF, não é possível que a mutação se dê com base em costumes.

(D) A jurisprudência do STF estabelece que a mutação constitucional pode ocorrer quando constatada consequência prática negativa de determinada linha de entendimento.

(E) Recentemente, aplicando o conceito de mutação, o STF decidiu pela desnecessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para a que o STJ receba denúncia contra Governador do Estado por crime comum, diferentemente do que se dá para o Presidente da República.

Gabarito C

A questão trata sobre a mutação constitucional. Todas as alternativas trazem com correção afirmações sobre o instituto, à exceção da alternativa C.

A alternativa A é justamente o conceito de mutação constitucional.

A alternativa B traz um dos métodos pelos quais é possível a mutação. O legislador pode dar um sentido interpretativo distinto a determinado tema, conforme doutrina e STF. Sistematizando, a partir da doutrina clássica, o professor Luís Roberto Barroso procurou identificar as formas pelas quais a mutação pode ocorrer:

1. INTERPRETAÇÃO (judicial e administrativa): em relação à interpretação judicial, tratase de alteração informal da constituição realizada pelo Poder Judiciário ou mesmo pela própria Administração Pública. Podemos apontar os vários exemplos acima citados, sendo, assim, a evolução da jurisprudência da Corte inegável exteriorização da mutação constitucional. Ainda, essa evolução interpretativa poderá ser verificada, também, no âmbito administrativo. Como destaque, Barroso lembra a Res. n. 7/CNJ que, reconhecendo novas perspectivas aos princípios da impessoalidade e da moralidade, deu novo e restritivo sentido ao nepotismo;

2. ATUAÇÃO DO LEGISLADOR: verifica-se a mutação constitucional por atuação do legislador, quando, por ato normativo primário, procurar alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional. Como exemplo, depois de modificado o entendimento sobre a prerrogativa de foro pelo STF que, inclusive, conforme visto, cancelou a S. 394, o Congresso Nacional procurou resgatar o sentido da cancelada S. 394, nos termos da Lei n. 10.628/2002. Cabe lembrar que o STF declarou inconstitucional referido ato normativo;

3. POR VIA DE COSTUMES CONSTITUCIONAIS: Ocorre por atuação dos intérpretes constitucionais com práticas reiteradas com cunho de obrigatoriedade. Como exemplo,



lembra a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo negar a aplicação de lei que de modo fundamentado considere inconstitucional. Lembra, ainda, o voto de liderança no Parlamento, sem a submissão da matéria ao Plenário. Outro exemplo, antes do advento da EC n. 32/2001, destaca a reedição de medida provisória, desde que não houvesse expressa rejeição ou alteração do texto.

Explicitando a alternativa D, o STF entende que há três situações que autorizam a mutação constitucional:

- a) mudança na percepção do direito;
- b) modificações na realidade fática; e
- c) consequência prática negativa de determinada linha de entendimento

Por fim, a alternativa E traz exemplo de mutação jurisprudencial recente.

Direito Administrativo e Tributário

11. João e José dividiam cela com outros 20 detentos, sendo que pelas normativas legais, apenas deveriam ocupar salutarmente o espaço 4 detentos. Tal realidade gerava situações insalubres de higiene, bem como impedia que todos os presos dormissem ao mesmo tempo, por falta de espaço físico. A situação relatada perdurou por meses, tendo João mencionado expressamente às autoridades que “a situação estava insuportável”. Diante da situação, disposta, assinale a alternativa incorreta:

(A) Por conta da falta de espaço, inicia-se uma briga, na qual João é morto pelos demais detentos. Neste caso, a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado em decorrência da sua omissão específica em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pelo art. 5º, XLIX, da CF/88.

(B) O Estado poderá ser dispensado de indenizar civilmente por morte de detento se ficar demonstrado que ele não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano.

(C) José não mais suportando as condições do cárcere, comete suicídio com um objeto perfurocortante que ingressou irregularmente no presídio. Aqui, o Estado responderá civilmente pela morte de José.

(D) Cumprida a pena, João ingressa com ação de indenização por danos morais contra o Estado. A ação deverá ser julgada procedente.



(E) No caso de ação de indenização por danos morais, o Estado poderá defender-se com a aplicação da teoria da reserva do possível.

Gabarito: Letra E

A) Esse é justamente o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 841526/RS, com repercussão geral, julgado em 30/3/2016 (Info 819).

B) A morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado em decorrência da sua omissão específica em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pelo art. 5º, XLIX, da CF/88. Vale ressaltar, no entanto, que a responsabilidade civil neste caso, apesar de ser objetiva, é regrada pela teoria do risco administrativo. Desse modo, o Estado poderá ser dispensado de indenizar se ficar demonstrado que ele não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano. Nas exatas palavras do Min. Luiz Fux: "(...) sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional (...)". Em regra, então, o Estado é objetivamente responsável pela morte de detento. Isso porque houve inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF/88. Excepcionalmente, o Estado poderá ser dispensado de indenizar se ele conseguir provar que a morte do detento não podia ser evitada. Neste caso, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal.

C) O Estado pode ser responsabilizado pela morte do detento mesmo que ele se suicide. Existem precedentes do STF e do STJ nesse sentido. No entanto, aqui há como o Estado provar alguma causa excludente de responsabilidade. Assim, nem sempre que houver um suicídio, haverá responsabilidade civil do Poder Público. Valendo ressaltar que é a Administração Pública quem tem o ônus de provar a causa excludente de responsabilidade.

D) Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Este foi o entendimento do STF no RE 580252/MS, com repercussão geral, julgado em 16/2/2017 (Info 854). Negar aos detentos o direito à indenização pela violação de sua integridade física e moral não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição. Não pode a decisão judicial desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de



sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade. Recusar aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos faz com que eles fiquem desamparados de qualquer proteção estatal, em condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Seria dupla negativa: do direito e da jurisdição.

E) Não há como acolher o argumento que invoca o "princípio da reserva do possível". Segundo este princípio ou teoria, os recursos públicos são limitados e as necessidades ilimitadas, de forma que não há condições financeiras de o Estado atender a todas as demandas sociais. Ocorre que só faz sentido considerar este princípio em ações judiciais, de forma excepcional, nas quais está sendo pedida a implementação de direitos fundamentais a prestações, especialmente direitos de natureza social, e se já cumprido o mínimo existencial. Aqui, contudo, a situação é diferente. Neste caso, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da CF/88. Trata-se de dispositivo autoaplicável (de eficácia plena), que não depende de lei ou de qualquer outra providência administrativa. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. A criação de subterfúgios teóricos, tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos, para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem afronta não apenas o sentido do art. 37, §6º, da CF, como também gera o esvaziamento dos dispositivos constitucionais, convencionais e legais que impõem ao Estado o dever do Estado de garantir a integridade física e psíquica dos detentos.

12. Quanto aos temas tocantes aos concursos públicos, considerando os ditames legais e jurisprudenciais, assinale a alternativa incorreta:

(A) É constitucional a remarcação de curso de formação para o cargo de agente penitenciário feminino de candidata que esteja lactante à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

(B) Em geral, os candidatos em concurso público não têm direito à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo se houver previsão no edital permitindo essa possibilidade.

(C) É desnecessária a formação de litisconsórcio necessário com os demais candidatos em situação na qual se discuta situação pessoal de eliminação de candidato em determinada fase de concurso público.



(D) Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial que reconhece erro da Administração Pública, o servidor faz jus à indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, mesmo que não haja situação de arbitrariedade flagrante.

(E) A desistência de candidatos melhor classificados em concurso público convola a mera expectativa em direito líquido e certo, garantindo a nomeação dos candidatos que passarem a constar dentro do número de vagas previstas no edital.

Gabarito: Letra D

A) Esse foi o entendimento firmado pelo STJ no RMS 52.622-MG. A candidata, ao ser convocada para o Curso de Formação, encontrava-se em licença maternidade, com apenas um mês de nascimento da sua filha, período em que sabidamente todas as mulheres estão impossibilitadas de praticar atividades físicas, estando totalmente voltadas para amamentação e cuidados com o recém-nascido. Também nessa hipótese devem ser observados os direitos destacados pelo STF no RE 1058333/PR e que são constitucionalmente protegidos (saúde, maternidade, família e planejamento familiar), merecendo a candidata lactante o mesmo amparo estabelecido pelo Supremo para as gestantes. Neste Recurso Extraordinário, inclusive, o Supremo entendeu que é constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público. Em 2019, foi publicada a Lei nº 13.872/2019 que versa sobre o direito de as mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos federais. As mães que tenham filho de até 6 meses de idade possuem direito de ter um tempo para amamentar a criança durante a realização do concurso público, compensando o tempo despendido na amamentação para que ela não “perca” esse período.

B) No tocante aos candidatos de forma generalizada, esse foi o entendimento do STF no RE 630733/DF. Para o Supremo, o concurso público é um processo de seleção que deve ser realizado com transparência, impessoalidade, igualdade e com o menor custo para os cofres públicos. Dessa maneira, não é razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontrem impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame por motivos exclusivamente individuais. Ao se permitir a remarcação do teste de aptidão física nessas circunstâncias, está se possibilitando que o término do concurso seja adiado inúmeras vezes, sem limites, considerando que, naquele determinado dia marcado, algum candidato poderia ter problemas de ordem individual, o que causaria tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração. Assim, não é razoável que a Administração fique à mercê de situações



adversas para colocar fim ao certame, de modo a deixar os concursos em aberto por prazo indeterminado.

C) Caso um candidato proponha ação judicial questionando sua eliminação do concurso, é dispensável a citação dos demais concursados como litisconsortes necessários, pois os candidatos, mesmo aprovados, não titularizariam direito líquido e certo à nomeação, mas tão somente expectativa de direito (STJ, AREsp 1182113/RS, AgInt no AREsp 1028930/PE). Como regra, então, o STJ entende que, na ação judicial que questiona a validade de cláusula do edital do concurso público ou alega a nulidade de ato de classificação ou de eliminação de candidato, não é necessária formação de litisconsórcio necessário entre os candidatos. Isso porque ausente a comunhão de interesses, na medida em que eventual direito à nomeação constituiria simples expectativa de direito.

No entanto, se na ação a providência judicial almejada pelo autor resultar no atingimento de direito de terceiro, aí sim será necessária a citação desses terceiros (demais candidatos) para que possam defender seus interesses (STJ, RMS 55.622/SP).

D) Em regra, não cabe indenização a servidor empossado por decisão judicial sob o argumento de que houve demora na nomeação. Dito de outro modo, a nomeação tardia a cargo público em decorrência de decisão judicial não gera direito à indenização. Excepcionalmente, será devida indenização se ficar demonstrado, no caso concreto, que o servidor não foi nomeado logo por conta de uma situação de arbitrariedade flagrante por parte da Administração. O tema foi decidido pelo STF em sede de recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral (RE 724347/DF). No REsp 1.238.344/MG, o STJ, por sua vez, exarou que o fato de a Administração Pública ter reconhecido o erro administrativamente não muda a situação. Assim, deve-se aplicar o entendimento do STF firmado no RE 724347/DF. Isso porque a ratio decidendi constante do precedente do STF consagra a compreensão de que o pagamento de remuneração e a percepção de demais vantagens por servidor público pressupõe o efetivo exercício no cargo, sob pena de enriquecimento sem causa. Ora, se mesmo quando a ilegalidade da nomeação tardia é declarada por provimento jurisdicional o direito à indenização é afastado pela jurisprudência (salvo situação de arbitrariedade flagrante), não há razão para, reconhecido o erro pela própria Administração, determinar-se o pagamento de valores retroativos. Se fosse admitida essa “exceção” (pagar indenização em caso de erro reconhecido administrativamente), isso acabaria desestimulando que a Administração Pública exercesse o seu poder-dever de autotutela, ou seja, desencorajaria que a Administração corrigisse seus próprios equívocos. Haveria, então, um estímulo à judicialização, o que não atende ao interesse público.

E) O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da



desistência de candidatos classificados em colocação superior. Esse é o entendimento atual do STF (ARE 1058317 AgR) e do STJ (RMS 53506-DF). Mas, deve-se observar que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: (i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; (ii) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e (iii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima (STF, RE 837311/PI).

13. No tocante às licitações e contratos, considerando a Lei nº 8.666/93, assinale a alternativa incorreta:

(A) A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

(B) É dispensável a licitação quando houver inviabilidade de competição.

(C) Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

(D) Em regra, as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

(E) A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.



Gabarito: Letra B

A) Este é exatamente o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

B) Havendo a inviabilidade de competição, a licitação será inexigível. Esta troca é muito comum em provas objetivas, o que exige que o candidato fixe a diferença entre dispensa (art. 24) e inexigibilidade (art. 25). A inexigibilidade possui rol exemplificativo, trazendo em seu cerne a ideia de que a competição é inviável em torno do objeto pretendido. A dispensa, por sua vez, tem hipóteses taxativas, que se subsumidas não acarretam a obrigatoriedade da licitação. É importante também ao candidato ler os incisos do artigo 24 que muitas vezes vem dispostos nas alternativas de questões objetivas.

C) A alternativa traz exatamente o texto do art. 44, §2º. Tal decorre da vinculação ao edital, uma vez que todos os participantes tem direito de participarem em condições de igualdade da licitação. Qualquer vantagem oferecida fora dos ditames previstos, impediria a participação equânime, e, portanto, a isonomia.

D) A Administração tem, em regra, a prerrogativa de modificar unilateralmente os contratos por ela firmados para melhor adequação às finalidades de interesse público quanto às cláusulas regulamentares ou de serviço. Pode, até mesmo, rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79. Contudo, as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado (art. 58, §1º). Mas há uma exceção: o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos (art. 65, §1º).

E) Este é o texto do art. 59, caput, da Lei nº 8666/93. Entretanto, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (art. 59, parágrafo único). Ressalvada esta hipótese, a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar (art. 49, §1º).

14. Sobre os princípios da Administração Pública, explícitos ou implícitos, assinale a alternativa incorreta:

(A) Se motivados, os atos da Administração podem ser praticados de forma sigilosa.



(B) Segundo alguns doutrinadores, há, hodiernamente, uma crise da concepção tradicional da legalidade.

(C) É legítima a divulgação de vencimentos de servidor público.

(D) É inconstitucional lei estadual que excepciona a vedação da prática de nepotismo, permitindo que sejam nomeados para cargos em comissão até dois parentes das autarquias estaduais.

(E) Segundo a doutrina Chenery, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela administração pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica.

Gabarito: Letra A

A) A regra é o da publicidade dos atos da Administração, até como forma de controle de sua legalidade. Excepcionalmente, poderá ser decretado o sigilo, mas tal depende de permissão legal e não de mera motivação. Negar publicidade a ato oficial, inclusive, configura improbidade administrativa (art. 11 da Lei nº 8.429/92).

B) Pelo princípio da legalidade, no setor público só se pode fazer aquilo que a lei autoriza. Contudo, verifica-se uma crise de legalidade, posto que os diplomas estritamente legais não mais conseguem suprir, seja materialmente, seja temporalmente, as necessidades sociais. Este é o entendimento, por exemplo, de Rafael Oliveira. Para o autor, tal crise advém de diversos fatores como: (i) advento de uma sociedade cada vez mais técnica; (ii) uma crescente inflação legislativa; (iii) com desprestígio da democracia representativa; e (iv) existência de grande heterogeneidade de interesses.

C) É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias (STF, ARE 652777/SP -Info 782). Como dito acima, princípio da publicidade exige que, em regra, haja ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública. O povo tem o direito de controlar socialmente o poder. Como o povo vai exercer tal controle se não sabe como o Poder Público está agindo? Sem essas informações, não se consegue controlar a coisa pública de uma forma adequada. Ademais, o princípio da publicidade também está relacionado à eficiência na gestão das contas públicas, já que possibilita uma maior fiscalização.

D) A súmula vinculante nº 13 é uma das súmulas que gera grandes discussões jurisprudenciais. Além desta decisão, proferida na ADI 3745/GO (Info 706), outros temas relacionados e de grande importância já foram examinados: (i) O STF tem afastado a



aplicação da SV 13 a cargos públicos de natureza política, como são os cargos de Secretário Estadual e Municipal. Mas, mesmo em caso de cargos políticos, será possível considerar a nomeação indevida nas hipóteses de nepotismo cruzado, fraude à lei e inequívoca falta de razoabilidade da indicação, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral do nomeado (STF, Rcl 29033 AgR/RJ - Info 952).

(ii) A incompatibilidade da prática enunciada na SV 13 com o art. 37 da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas de presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionado à pessoa com relação de parentesco com quem tenha potencial de interferir no processo de seleção (STF, Rcl 18564/SP - Info 815).

E) Segundo a “doutrina Chenery”, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não. Assim, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. Esta foi a decisão exarada na estipulação das tarifas de transporte público urbano, mormente no caso em que houve, por parte da Fazenda Estadual, esclarecimento de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2240-SP - Info 605).

É importante que o candidato conheça a nomenclatura da referida doutrina, bem como o respectivo julgado. Contudo, na defesa dos direitos humanos e sociais, essa visão deve ser ponderada com os devidos cuidados, sob pena de se negar jurisdição e proteção aos direitos fundamentais.

15. “Ato administrativo unilateral, discricionário, precário e sem licitação por meio do qual o Poder Público faculta o uso de bem público a determinado particular em atenção a interesse predominantemente privado” (Mazza, Manual de Direito Administrativo, 2018).

O trecho acima refere-se a:

- (A) Autorização de uso
- (B) Concessão de uso
- (C) Permissão de uso
- (D) Concessão de direito real de uso
- (E) Aforamento



Gabarito A

A: Correto, conceito dado.

B: É contrato (não ato unilateral) entre a Administração Pública e uma empresa particular, pelo qual o governo transfere ao segundo a execução de um serviço público, para que este o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário, em regime de monopólio ou não.

C: Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração.

No caso dos serviços públicos, exige-se o contrato, que será de adesão, revogável unilateralmente, precário, não se podendo mais falar em ato unilateral para esse tipo de caso, embora a doutrina não seja pacífica nesse sentido. Assim prevê o art. 40 da Lei 8.987/95: “A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

D: Concessão de direito real de uso – é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.

E: Aforamento é o ato de concessão de privilégios e deveres sobre uma propriedade cedida em enfiteuse para exploração ou usufruto ao seu ocupante, pelo proprietário. Sobre essa negociação incide o pagamento do foro anual. Foro nada mais é que uma receita paga anualmente para a União a título de manutenção do uso do imóvel, na proporção de 0,6% do valor de avaliação do terreno considerada pela SPU – Secretaria do Patrimônio da União. Saiba ainda, que o foro nunca incide sobre benfeitorias, mas apenas sobre o terreno.

Esse instituto é quase de nenhuma relevância para concursos estaduais.

16. Acerca da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), assinale a alternativa correta:

(A) Conforme decidiu o STF, o Prefeito não pode ser duplamente responsabilizado, pelo mesmo fato, perante a Lei de Improbidade e por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67), uma vez que constituiria bis in idem.

(B) Seguindo o princípio da legalidade, a jurisprudência entende que não é possível a condenação na forma culposa com base na Lei de Improbidade.

(C) São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa



(D) O STJ entende que no caso de dispensa ilegal do procedimento licitatório é necessário comprovar o prejuízo ao erário especificamente.

(E) É permitida a solução consensual no rito do processo da Lei de Improbidade, inclusive com a previsão de cabimento da celebração de acordo de não persecução cível.

Gabarito E

A: O STF entendeu justamente o contrário: O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, em virtude da autonomia das instâncias. STF. Plenário. RE 976566, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019 (repercussão geral – Tema 576)

Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.

B: Qual é o elemento subjetivo exigido para os atos de improbidade administrativa? Em outras palavras, para que seja considerado ato de improbidade administrativa é necessário que o agente tenha praticado as condutas dos arts. 9º, 10 e 11 com dolo, ou basta que tenha agido com culpa?

Houve durante algum tempo uma polêmica na doutrina, mas, atualmente, a questão está pacificada no STJ:

Critério objetivo	Critério subjetivo
Art. 9º — Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito do agente público	Exige DOLO
Art. 10 — Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário	Pode ser DOLO ou, no mínimo, CULPA
Art. 11 — Atos de improbidade que atentam contra princípios da administração pública	Exige DOLO

Desse modo, segundo iterativa (reiterada) jurisprudência do STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do agente como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º (enriquecimento ilícito e 11



(violação dos princípios da Administração Pública e, ao menos pela culpa, nas hipóteses do art. 10º (prejuízo ao erário).

C: podemos fazer a seguinte distinção:

Ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil	é PRESCRITÍVEL (STF RE 669069/MG).
Ação de ressarcimento decorrente de ato de improbidade administrativa praticado com CULPA	é PRESCRITÍVEL (devem ser propostas no prazo do art. 23 da LIA).
Ação de ressarcimento decorrente de ato de improbidade administrativa praticado com DOLO	é IMPRESCRITÍVEL (§ 5º do art. 37 da CF/88).

Imprescritibilidade somente vale para atos de improbidade praticados com DOLO

O STF entendeu, portanto, que as ações de ressarcimento ao erário envolvendo atos de improbidade administrativa são imprescritíveis. No entanto, o Tribunal fez uma “exigência” a mais que não está explícita no art. 37, § 5º da CF/88.

O Supremo afirmou que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento envolvendo atos de improbidade administrativa praticados DOLOSAMENTE.

Assim, se o ato de improbidade administrativa causou prejuízo ao erário, mas foi praticado com CULPA, então, neste caso, a ação de ressarcimento será prescritível e deverá ser proposta no prazo do art. 23 da LIA.

D: Em regra, para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92 exige-se a presença do efetivo dano ao erário.

Exceção: no caso da conduta descrita no inciso VIII do art. 10, VIII não se exige a presença do efetivo dano ao erário. Isso porque, neste caso, o dano é presumido (dano in re ipsa).

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1542025/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05/06/2018.

Para o STJ, em casos de fracionamento de compras e contratações com o objetivo de se dispensar ilegalmente o procedimento licitatório, o prejuízo ao erário é considerado presumido (in re ipsa), na medida em que o Poder Público, por força da conduta ímproba do administrador, deixa de contratar a melhor proposta, o que gera prejuízos aos cofres públicos.



STJ. 2ª Turma. REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/03/2012.

Assim, a indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema.

STJ. 2ª Turma. REsp 817921/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27/11/2012.

Nos casos de contratação irregular decorrente de fraude à licitação, o STJ considera que o dano é in re ipsa.

STJ. 2ª Turma. AgRg nos EDcl no AREsp 419769/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2016.

STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 02/02/2017.

STJ. 2ª Turma. REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/03/2012.

STJ. 2ª Turma. REsp 728341/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 14/03/2017.

E: Novidade legislativa! Art. 17, § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

17. Sobre a desapropriação, assinale a alternativa correta:

- (A) De acordo com o entendimento pacífico de doutrina e jurisprudência, o prazo prescricional no caso de ação de desapropriação indireta é, em regra, de 10 anos; excepcionalmente, será de 5 anos caso se comprove que não foram feitas obras ou serviços públicos no local.
- (B) No rito da ação de desapropriação por utilidade pública, por conta da inafastabilidade do Poder Judiciário, pode o juiz fazer o controle a respeito da presença ou não da utilidade pública.
- (C) Por conta do princípio da instrumentalidade das formas, é cabível reparação decorrente de limitações administrativas em ação de desapropriação indireta.
- (D) O direito de extensão é uma criação jurisprudencial, sem base legal, que permite que aquele cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas possa reclamar perdas e danos do expropriante.



(E) É possível que o expropriante desista da ação de desapropriação desde que ainda não tenha havido o pagamento integral do preço e o imóvel possa ser devolvido sem que ele tenha sido alterado de forma substancial, sendo ônus do expropriante provar a existência de fato impeditivo do direito de desistência da desapropriação.

Gabarito C

A - A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é de dez anos o prazo de prescrição aplicável nas ações de desapropriação indireta. A Turma entendeu que incide nessas hipóteses o mesmo prazo previsto para o usucapião extraordinário por posse-trabalho, previsto no parágrafo único do artigo 1.238 do Código, observadas as regras de transição prevista no artigo 2.028 da Lei.

A desapropriação indireta é um fato administrativo pelo qual o estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. E a qualificação por posse-trabalho está relacionada ao fato de o possuidor realizar obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel.

B – De acordo com o art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, não cabe esse controle:

Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

C - Em ação de desapropriação indireta é cabível reparação decorrente de limitações administrativas. Assim entendeu a 1ª turma do STJ ao analisar caso de limitação administrativa imposta pelo Poder Público, que ao delimitar área de preservação ambiental, restringiu uso de imóvel de autores.

De acordo com os autos, o município de Rio das Ostras/RJ realizou a implementação de área de proteção permanente, que rendeu limitações ao uso dos imóveis dos autores para atender à função social da propriedade, conforme previsão da CF/88.

O juízo de 1º grau julgou procedente a ação dos moradores contra o município, e condenou o réu a pagar a importância de R\$ 317.218,49. Ao analisar o recurso do município, o TJ/RJ entendeu que “restando mantida a propriedade, que não se vincula ao direito de construir, não há de se falar em desapropriação que, por seu turno, demanda ato expropriatório, ou mesmo de desapropriação indireta, que reclama a comprovação de apropriação de bem particular sem a observância dos requisitos legais.”

Mesmo afastando o dever de indenização, o TJ/RJ entendeu que as limitações impostas por legislação municipal a respeito do uso dos imóveis “reclamam indenização condizente, que deve ser perquirida por demanda própria”.



Ao analisar o recurso especial dos moradores, a ministra Regina Helena Costa, relatora, entendeu que se busca, nesta ação, a “satisfação de direito pessoal, cuja gênese está em ato estatal praticado face a direito real de titularidade do particular”.

Nos termos do voto da relatora, a 1ª turma do STJ, julgando com base no CPC/73, deu provimento ao recurso para reconhecer o interesse-adequação da ação, determinando o retorno dos autos à origem, para novo julgamento do agravo regimental.

D - Não há referência expressa ao direito sob foco no Decreto-lei nº 3.365/1941, que disciplina as desapropriações por utilidade pública, e, tampouco, na Lei nº 4.132/1962, que define os casos de desapropriação por interesse social. Apesar dessa aparente lacuna legislativa, a doutrina majoritária reconhece a possibilidade de o expropriado invocar tal direito de extensão, recordando, a tanto, a previsão normativa do art. 12 do vetusto Decreto nº 4.956/1903 (malgrado, reconheça-se, haja controvérsia acerca da vigência deste preceito), bem assim o contido no art. 4º da Lei Complementar nº 76/1993, que trata do procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, in verbis: “Art. 4º Intentada a desapropriação parcial, o proprietário poderá requerer, na contestação, a desapropriação de todo o imóvel, quando a área remanescente ficar: I - reduzida a superfície inferior à da pequena propriedade rural; ou II - prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada.”

E - É possível que o expropriante desista da ação de desapropriação?

SIM, é possível a desistência da desapropriação a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, desde que:

- a) ainda não tenha havido o pagamento integral do preço (pois nessa hipótese já terá se consolidado a transferência da propriedade do expropriado para o expropriante); e
- b) o imóvel possa ser devolvido sem que ele tenha sido alterado de forma substancial (que impeça sua utilização como antes era possível).

É ônus do **expropriado (aqui o erro da questão)** provar a existência de fato impeditivo do direito de desistência da desapropriação.

STJ. 2ª Turma. REsp 1368773-MS, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 6/12/2016 (Info 596).

18. A respeito da normativa constitucional e legal acerca do ICMS, assinale a alternativa correta, considerando a jurisprudência dos tribunais superiores:

- (A) A Constituição Federal impõe a obrigatoriedade de o ICMS ser seletivo, isto é, variar a alíquota de acordo com a essencialidade das mercadorias e dos serviços;



(B) É possível que o Senador Federal fixe as alíquotas máximas nas mesmas operações de ICMS para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

(C) O adquirente, ainda que de boa-fé, pode ser responsabilizado pelo tributo que deixou de ser oportunamente recolhido pela empresa vendedora que realizou a operação mediante indevida emissão de nota fiscal fraudulenta, dadas as regras específicas de solidariedade tributária.

(D) Conforme recente virada jurisprudencial, restou consolidado que não é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

(E) O ICMS incide sobre o serviço dos provedores de acesso à Internet, mas não sobre o de habilitação de telefone celular.

Gabarito B

A – De acordo com o art. 155, §2º, III, ele poderá ser seletivo, não deverá (ao contrário do IPI): III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

B – Correto, é o que diz o art. 155, §2º, V, b.

C - O adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pelo tributo que deixou de ser oportunamente recolhido pela empresa vendedora que realizou a operação mediante indevida emissão de nota fiscal. STJ. 1ª Turma. AREsp 1198146-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 04/12/2018 (Info 640).

Seguem os comentários do DoD:

Imagine a seguinte situação hipotética:

A empresa “BCT Ltda” vendeu mercadorias para as Lojas Americanas S/A.

Ao vender as mercadorias, a BCT deveria pagar ICMS.

A BCT declarou que se enquadrava no Simples Nacional.

O que é o Simples Nacional?

O Simples Nacional é um regime unificado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, estando previsto na Lei Complementar nº 123/2006.

A empresa que aderir ao Simples desfruta da vantagem de recolher quase todos os tributos (federais, estaduais e municipais) mediante um único pagamento, calculado sobre um percentual de sua receita bruta.



O objetivo do Simples é fazer com que as microempresas e empresas de pequeno porte tenham um regime jurídico simplificado e favorecido, com menos burocracia e menor carga tributária.

Nem todas as microempresas e empresas de pequeno porte poderão recolher seus tributos na forma do Simples. A inclusão do contribuinte na sistemática do Simples Nacional exige o preenchimento de determinadas condições previstas no art. 17 da LC 123/2006.

Voltando ao exemplo:

Como era supostamente aderente ao Simples, ao vender as mercadorias, a BCT emitiu uma nota fiscal na qual não há o destaque do ICMS, ou seja, não há um pagamento específico de ICMS.

A empresa aderente ao Simples Nacional faz um recolhimento (pagamento) mensal, por meio de um único documento de arrecadação que engloba uma série de impostos e contribuições, dentre eles o ICMS (art. 13 da LC 123/2006).

Assim, a BCT simulou que se enquadrava no Simples e deixou de recolher o ICMS, emitindo notas fiscais sem destaque do imposto, já que o tributo supostamente estaria abrangido no documento único de arrecadação daquele regime tributário.

Ocorre que, na realidade, a BCT não se enquadrava no Simples.

Houve, portanto, um prejuízo à arrecadação de ICMS.

Descoberta da fraude

Após a verificação da fraude, o Fisco estadual passou a cobrar o ICMS no valor que seria realmente devido.

Até aí, tudo bem. O ponto polêmico foi que o Fisco cobrou esse valor do ICMS não apenas da BCT, mas também das Lojas Americanas, alegando que ela seria solidariamente responsável pelo pagamento, sob o argumento de que seria integrante da cadeia marcada pela substituição tributária e pelo regime da não cumulatividade.

Para o Fisco, tanto a empresa vendedora como as Lojas Americanas teriam interesse comum na situação que deu origem à obrigação principal, independentemente da cadeia ser marcada ou não pela substituição tributária. Assim, seria aplicado o art. 124, I, do Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

A tese do Fisco foi acolhida pelo STJ? A empresa adquirente tem responsabilidade pelo pagamento do ICMS neste caso?

NÃO.



O adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pelo tributo que deixou de ser oportunamente recolhido pela empresa vendedora que realizou a operação mediante indevida emissão de nota fiscal.

STJ. 1ª Turma. AREsp 1.198.146-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 04/12/2018 (Info 640).

Não se tratava de substituição tributária

Vale ressaltar que o ICMS exigido pelo Fisco é oriundo de operação de compra e venda realizada pelo regime normal de tributação, em que figuram como vendedora a empresa BCT e como compradora a empresa Lojas Americanas.

Logo, não se trata de substituição tributária, até porque o débito cobrado não se refere à parte que seria devida pelas Lojas Americanas na condição de empresa substituída, mas ao imposto que não foi recolhido pela BCT na condição de vendedora contribuinte.

Sendo o caso, portanto, de regime normal de tributação, tem-se que a vendedora (BCT) é a responsável tributária, na qualidade de contribuinte pelo ICMS que incide por conta desta venda.

Assim, diversamente do que foi defendido pelo Fisco, não se aplica o art. 124, I, do CTN porque era um pagamento que apenas a vendedora estava legalmente obrigada a fazer.

Não se aplica o art. 124, I, do CTN (solidariedade tributária)

Quando o art. 124, I, fala em “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, ele está se referindo às pessoas que se encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica que dá ensejo ao pagamento (no caso, a venda da mercadoria). Seria o caso, por exemplo, de os vendedores serem duas pessoas jurídicas.

Não se enquadra no “interesse comum” de que trata o art. 124, I, o vendedor e o comprador. Ao contrário, o vendedor e o comprador possuem vontades opostas, um tem o interesse de alienar e o outro de adquirir a coisa. Nesse sentido, confira o seguinte julgado do STJ:

(...) 1. A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum.

(...)

Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancia pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo polo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; (...)



STJ. 1ª Turma. REsp 884.845/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/02/2009.

É esse também o ensinamento da doutrina:

“Interesse comum só têm as pessoas que estão no mesmo polo na situação que constitui o fato jurídico tributário. Assim, por exemplo, os condôminos têm ‘interesse comum’ na propriedade; se esta dá azo ao surgimento da obrigação de recolher o IPTU, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto todos os condôminos. Note-se que o débito é um só, mas todos os condôminos se revestem da condição de sujeitos passivos solidários.

Não constituem ‘interesse comum’, por outro lado, as posições antagônicas em um contrato, mesmo quando em virtude deste surja um fato jurídico tributário.

Assim, comprador e vendedor não têm ‘interesse comum’ na compra e venda: se o vendedor é contribuinte do ICMS devido na saída da mercadoria objeto da compra e venda, o comprador não será solidário com tal obrigação.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 573).

Adotar a linha de raciocínio do Fisco seria permitir que ele, a pretexto de existir o citado “interesse comum”, pudesse exigir de qualquer comprador, inclusive de consumidor final, o tributo não recolhido na cadeia comercial pelo contribuinte de direito.

D – Na verdade, é o contrário. Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. STJ. 1ª Turma. REsp 687113-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, por unanimidade, julgado em 05/04/2018 (Info 623).

Segue explicação do Dizer o Direito:

ICMS

O ICMS é um imposto *estadual* previsto no art. 155, II, da CF e na LC 87/96:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Principais características do imposto:

- *plurifásico*: incide sobre o valor agregado, obedecendo-se ao princípio da não-cumulatividade;
- *real*: as condições da pessoa são irrelevantes;
- *proporcional*: não é progressivo;



- *fiscal*: tem como função principal a arrecadação.

Fatos geradores

Eduardo Sabbag afirma que, resumidamente, o ICMS pode ter os seguintes fatos geradores (*Manual de Direito Tributário*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1061):

- circulação de mercadorias;
- prestação de serviços de transporte intermunicipal;
- prestação de serviços de transporte interestadual;
- prestação de serviços de comunicação.

Regra da não cumulatividade

O art. 155, § 2º, I, da CF/88 determina que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Ricardo Alexandre explica a regra da não cumulatividade:

“A cada aquisição tributada de mercadoria, o adquirente registra como crédito o valor incidente na operação. Tal valor é um “direito” do contribuinte (“ICMS a recuperar”), que pode ser abatido do montante incidente nas operações subsequentes.

A cada alienação tributada de produto, o alienante registra como débito o valor incidente na operação. Tal valor é uma obrigação do contribuinte, consistente no dever de recolher o valor devido aos cofres públicos estaduais (ou distritais) ou compensá-los com os créditos obtidos nas operações anteriores (trata-se do “ICMS a recolher”).

Periodicamente, faz-se uma comparação entre os débitos e créditos. Caso os débitos sejam superiores aos créditos, o contribuinte deve recolher a diferença aos cofres públicos. Caso os créditos sejam maiores, a diferença pode ser compensada posteriormente ou mesmo, cumpridos determinados requisitos, ser objeto de ressarcimento.” (*Direito Tributário esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 580).

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A FRENTE E RESTITUIÇÃO DO ICMS PAGO A MAIS

Substituição tributária para a frente (progressiva)

A substituição tributária progressiva, também chamada de substituição tributária para a frente ou subsequente, é uma técnica de arrecadação de alguns impostos, em especial o ICMS.

Na substituição tributária para a frente, a lei prevê que o tributo deverá ser recolhido antes mesmo que ocorra o fato gerador.

Desse modo, primeiro há o recolhimento do imposto e, em um momento posterior, ocorre o fato gerador.

Diz-se, então, que o fato gerador é presumido porque haverá o pagamento do tributo sem se ter certeza de que ele irá acontecer.



Previsão

A substituição tributária progressiva é prevista na própria CF/88:

Art. 150 (...) § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela EC 3/93)

Vale ressaltar que, mesmo antes da EC 3/93, que incluiu esta previsão na CF/88, os Estados já adotavam a técnica da substituição tributária progressiva e o STF considerava legítima. Assim, mesmo antes da EC 3/93 era possível a substituição tributária para a frente.

Exemplo

“A” é uma refinaria de combustíveis que vende gasolina para os distribuidores (“B”). Os distribuidores revendem para os postos de gasolina (“C”) que, por fim, vendem ao consumidor final (“D”).

Para o Estado é mais fácil cobrar de “A” todo o tributo que irá incidir sobre a cadeia produtiva.

Assim, “A” pagará o imposto por ele devido como contribuinte e também os impostos que irão incidir sobre as vendas futuras (nesse caso, pagará como substituto tributário/responsável tributário).

(ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 317-319).

Veja como fica a cadeia de vendas e a incidência do imposto:

- Refinaria vende para distribuidores (refinaria paga o tributo como contribuinte e também já paga, como responsável tributário, o imposto relacionado com as vendas futuras).
- Distribuidores vendem para postos de gasolina (distribuidores não irão mais recolher o imposto, uma vez que este já foi pago pela refinaria, como substituto tributário).
- Postos de gasolina vendem para os consumidores (postos não pagarão o imposto, uma vez que este já foi pago pela refinaria, como substituto).

Assim, todo o tributo é pago de uma só vez pela refinaria (“A”), sendo o imposto calculado sobre o valor pelo qual se presume que a mercadoria será vendida ao consumidor (ALEXANDRE, Ricardo, p. 319).

E se o fato gerador presumido não ocorrer? Ex: a refinaria pagou o imposto relacionado com as vendas futuras na qualidade de responsável tributário; suponhamos, no entanto, que houve um acidente no distribuidor e ele perdeu toda a gasolina que revenderia; logo, o FG que se presumiu que ocorreria não aconteceu, apesar de o imposto já ter sido pago. O que fazer neste caso?



A CF/88 determina expressamente que, se o fato gerador presumido não se realizar, a Administração Pública deverá restituir a quantia paga, de forma imediata e preferencial (art. 150, § 7º).

E se o fato gerador presumido ocorrer, mas com um valor diverso do que foi presumido e calculado? Ex: a refinaria pagou o imposto relacionado com as vendas futuras na qualidade de responsável tributário; suponhamos que o imposto foi calculado presumindo que o distribuidor venderia o combustível por R\$ 1,00 o litro, mas, na realidade, diante de uma crise no mercado, ele só conseguiu vender por R\$ 0,70; logo, a base de cálculo do imposto (valor da mercadoria efetivamente vendida) foi inferior àquela que havia sido presumida; diante disso, na prática, pagou-se um valor de imposto maior do que o que seria realmente devido. O que fazer neste caso? Haverá direito à restituição do valor pago a mais de imposto?

SIM. O STF decidiu que:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

STF. Plenário. ADI 2675/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski e ADI 2777/SP, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 19/10/2016 (Info 844).

STF. Plenário. RE 593849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 19/10/2016 (repercussão geral) (Info 844).

A substituição tributária, prevista no art. 150, § 7º, da CF/88, tem como fundamento o princípio da praticidade. Por meio desta técnica, o Estado consegue comodidade, economicidade e eficiência na execução administrativa das leis tributárias. No entanto, a praticidade tributária encontra freio nos princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação do confisco, bem como na arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

Desse modo, é papel do Poder Judiciário tutelar situações que extrapolem o limite da razoabilidade, como é o caso em tela, no qual o contribuinte paga um valor maior do que efetivamente devido, tendo, portanto, direito de ser restituído.

Para o Min. Edson Fachin, a tributação não pode se transformar em uma ficção jurídica, em uma presunção absoluta (*juris et de jure*) na qual o fato gerador presumido assumira um caráter definitivo e sejam desprezadas as variações decorrentes do processo econômico.

Não permitir a restituição nestes casos representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e contribuinte. Desse modo, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, haja vista a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.

E o STJ?

O STJ passou a acompanhar o STF



E – A questão é respondida com duas súmulas do STJ.

Súmula 350: O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular.

Súmula 334: O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet.

19. Sobre o Imposto Predial Territorial Urbano e demais taxas sobre imóvel urbano, assinale a alternativa correta:

(A) O locatário possui legitimidade ativa para discutir a relação jurídico-tributária de IPTU e de taxas referentes ao imóvel alugado, bem como para repetir indébito desses tributos.

(B) Se o contrato de locação prever a responsabilidade do locatário pelo pagamento do IPTU, o Fisco não poderá exercer seu direito contra o proprietário.

(C) A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, viola a Constituição Federal.

(D) É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, de aplicar imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

(E) O adquirente de um imóvel com dívidas relativas ao IPTU não será obrigado ou responsável por este débito, devendo o Fisco cobrar eventual dívida do antigo proprietário.

Gabarito: Letra D

A) O texto literal da Súmula 614 do STJ versa exatamente em sentido oposto. O art. 34 do CTN prevê quem são os contribuintes do IPTU: “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”. Diante disso, pode-se pensar que o locatário detém a posse do imóvel. Logo, ele também poderia ser considerado contribuinte do IPTU. Sendo contribuinte do imposto, teria legitimidade para ajuizar ações questionando esse tributo. Essa interpretação, contudo, não é acolhida pela jurisprudência. O STJ, ao interpretar o art. 34 do CTN, afirma que a



posse tributária é a que exterioriza o domínio, não aquela exercida pelo locatário ou pelo comodatário. Assim, o possuidor até pode ser considerado contribuinte do IPTU, mas, para isso, é necessário que ele seja um possuidor que tenha *animus domini*.

B) O Fisco não tem relação com o ajuste firmado. Um contrato entre particulares não tem a força de interferir na relação jurídico-tributária com o Fisco. É o que prevê o art. 123 do CTN: “Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”. Em outras palavras, não se pode invocar contra o ente público o contrato firmado entre locador e locatário, sendo o proprietário do imóvel o sujeito passivo da obrigação tributária.

C) É justamente o oposto. A Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros). Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (RE 576.321 QO-RG).

D) Este é exatamente o texto do artigo 182, §4º, II, da CF. Lembrando apenas que antes de tal medida deve-se tentar o parcelamento ou edificação compulsórios. E, após a aplicação do IPTU progressivo no tempo, é possível desapropriar o bem.

E) Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, assim como os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação (art. 130, *caput*, CTN). No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço (art. 130, parágrafo único, CTN).

20. Sobre a suspensão do crédito tributário, é incorreto afirmar:

(A) As normas que tratam sobre a suspensão do crédito tributário devem ser interpretadas de forma restritiva.



- (B) Dentre as modalidades de suspensão do crédito tributário pode-se citar o parcelamento, a moratória e o depósito do montante integral do valor. Em nenhuma dessas hipóteses haverá a dispensa de cumprimento das obrigações acessórias.
- (C) O parcelamento dos créditos tributários depende de lei específica a ser editada pelo ente da federação com competência para a instituição do tributo.
- (D) Em respeito ao princípio da impessoalidade, não é permitido que a moratória seja concedida de forma individualizada, devendo ser concedida apenas em caráter geral.
- (E) É possível a efetivação do depósito que suspende a exigibilidade do crédito fiscal mesmo antes da realização do lançamento, hipótese em que não se impede a constituição do crédito, mas apenas a promoção, por parte da Administração Tributária, de atos de cobrança do tributo.

Gabarito D:

- (A) As normas que tratam sobre a suspensão do crédito tributário devem ser interpretadas de forma restritiva.

Correto - Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

- (B) Dentre as modalidades de suspensão do crédito tributário pode-se citar o parcelamento, a moratória e o depósito do montante integral do valor. Em nenhuma dessas hipóteses haverá a dispensa de cumprimento das obrigações acessórias.

Correto:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)



Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

(C) O parcelamento dos créditos tributários depende de lei específica a ser editada pelo ente da federação com competência para a instituição do tributo.

Correto. De acordo com o artigo 155-A, o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecida em lei específica, que somente por ser editada por cada ente competente, referente aos seus respectivos tributos. O poder de parcelar é inerente ao poder de tributar, assim, a concessão de parcelamento do crédito tributário, em qualquer uma de suas modalidades, somente pode ser feito por lei específica do ente tributante, ou seja, lei federal para tributos federais, lei estadual para tributos estaduais, lei distrital para os tributos distritais e lei municipal para tributos municipais.

(D) Em respeito ao princípio da impessoalidade, não é permitido que a moratória seja concedida de forma individualizada, devendo ser concedida apenas em caráter geral.

Incorreto. Moratória pode se dar em caráter geral ou individual.

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

(E) É possível a efetivação do depósito que suspende a exigibilidade do crédito fiscal mesmo antes da realização do lançamento, hipótese em que não se impede a constituição do crédito, mas apenas a promoção, por parte da Administração Tributária, de atos de cobrança do tributo.

Correto. De acordo com o art. 151 do Código Tributário Nacional, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário pode ocorrer antes do seu processo de constituição



ou durante o processo de constituição, mas antes, porém, de sua constituição definitiva. Nestes casos, o evento opera-se antes mesmo da ocorrência da exigibilidade. Daí que, nestas situações, deveríamos reportar ao termo “impedimento de exigibilidade”, e não, como refere impropriamente o Código, “suspensão de exigibilidade”, posto que antes do lançamento tributário, o que a rigor ocorre, é a suspensão de exigibilidade de um dever jurídico atribuído legalmente ao sujeito passivo da obrigação tributária.

Direito Penal

21. Sobre as excludentes de ilicitude, causas extintivas da punibilidade e arrependimento posterior, assinale a alternativa correta: Sobre as ações de controle concreto de constitucionalidade, escolha a alternativa incorreta:

(A) As excludentes de ilicitude fazem parte de um rol taxativo.

(B) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o pagamento do débito oriundo de furto de energia elétrica antes do recebimento da denúncia é causa de extinção da punibilidade.

(C) De acordo com a lei, considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual e iminente, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

(D) O Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação do instituto do arrependimento posterior a crimes não patrimoniais.

(E) O arrependimento posterior (art. 16 do CP), por possuir natureza objetiva, deve ser estendido aos corréus.

GABARITO: E

ALTERNATIVA A: INCORRETA.

De acordo com a maioria dos penalistas (teoria tripartite), crime é fato típico, ilícito e culpável de forma que se a ilicitude não está presente, automaticamente não teremos um crime. Desta forma é insofismável que as excludentes de ilicitude beneficiam a defesa, pois tem o condão de afastar a conduta criminosa.

O Código Penal traz excludentes de ilicitude tanto na sua parte geral como especial. Na parte especial destaca-se (art. 23 do CP): a) estrito cumprimento do dever legal; b)



exercício regular do direito; c) legítima defesa; e d) estado de necessidade. Na parte especial destaca-se, a título de exemplo, o caso de aborto humanitário feito em casos de estupro. Há outras hipóteses espalhadas pelo código.

No que tange as leis especiais penais, também podemos encontrar excludente de ilicitude o que reforça mais ainda o seu caráter exemplificativo. A doutrina ainda afirma que há excludentes de ilicitude que não estão previstas expressamente na lei como, por exemplo, os casos de consentimento do ofendido quando este não é elementar do tipo penal.

ALTERNATIVA B: INCORRETA.

Em que pese se tratar de um entendimento criticável no âmbito das provas da Defensoria Pública em virtude da seletividade do sistema penal, o pagamento do débito oriundo de furto de energia elétrica antes do recebimento da denúncia não é causa de extinção da punibilidade

No caso de furto de energia elétrica mediante fraude, o adimplemento do débito antes do recebimento da denúncia não extingue a punibilidade. O furto de energia elétrica não pode receber o mesmo tratamento dado ao inadimplemento tributário, de modo que o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia não configura causa extintiva de punibilidade, mas causa de redução de pena relativa ao arrependimento posterior (art. 16 do CP). Isso porque nos crimes contra a ordem tributária, o legislador (Leis nº 9.249/1995 e nº 10.684/2003), ao consagrar a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, adota política que visa a garantir a higidez do patrimônio público, somente. A sanção penal é invocada pela norma tributária como forma de fortalecer a ideia de cumprimento da obrigação fiscal. Já nos crimes patrimoniais, como o furto de energia elétrica, existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para os casos de pagamento da “dívida” antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código Penal, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena. Outrossim, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/1995 e no art. 9º da Lei nº 10.684/2003 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos. STJ. 3ª Seção. RHC 101299-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. Ac. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 13/03/2019 (Info 645). Fonte Dizer o Direito

ALTERNATIVA C: INCORRETA.



Cuidado com a pegadinha. Trata-se de letra de lei. Não é possível a aplicação do estado de necessidade no caso de perigo iminente. Exige-se o perigo atual.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

ALTERNATIVA D: INCORRETA.

Apesar de criticável, o STJ somente admite a aplicação do instituto do arrependimento posterior a crimes patrimoniais. Cumpre salientar que há doutrina no sentido de aplicação deste instituto a crime que não possuem caráter estritamente patrimonial desde que não haja violência ou grave ameaça como, por exemplo, o crime de peculato.

Não se aplica o arrependimento posterior em homicídio culposo na direção de veículo

Não se aplica o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP) para o homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) mesmo que tenha sido realizada composição civil entre o autor do crime a família da vítima. Para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP é indispensável que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais. O arrependimento posterior exige a reparação do dano e isso é impossível no caso do homicídio. STJ. 6ª Turma. REsp 1561276-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/6/2016 (Info 590).

Inaplicabilidade do arrependimento posterior ao crime de moeda falsa

Direito Penal. Imagine que o réu tenha utilizado uma nota de R\$ 100 falsificada para pagar uma dívida. Após alguns dias, descobriu-se que a cédula era falsa e, antes que houvesse denúncia, o agente ressarciu o credor por seus prejuízos. O réu praticou o crime de moeda falsa. É possível aplicar a ele o benefício do arrependimento posterior (art. 16 do CP)? NÃO. Não se aplica o instituto do arrependimento posterior ao crime de moeda falsa. No crime de moeda falsa — cuja consumação se dá com a falsificação da moeda, sendo irrelevante eventual dano patrimonial imposto a terceiros —, a vítima é a coletividade como um todo, e o bem jurídico tutelado é a fé pública, que não é passível de reparação. Desse modo, os crimes contra a fé pública, semelhantes aos demais crimes não patrimoniais em geral, são incompatíveis com o instituto do arrependimento posterior, dada a impossibilidade material de haver reparação do dano causado ou a restituição da coisa subtraída. STJ. 6ª Turma. REsp 1242294-PR, Rel. originário Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18/11/2014 (Info 554). Fonte Dizer o Direito.

ALTERNATIVA E: CORRETA.



O arrependimento posterior é uma causa de diminuição de pena aplicada aos crimes patrimoniais (De acordo com o STJ) cometidos sem violência ou grave ameaça, caso haja reparação do dano até o recebimento da denúncia, vejamos:

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De acordo com o STJ, o arrependimento posterior (art. 16 do CP), por possuir natureza objetiva, deve ser estendido aos corréus:

O benefício do arrependimento posterior comunica-se aos coautores e partícipes que não tenham participado da restituição da coisa ou da reparação do dano. Assim, uma vez reparado o dano integralmente por um dos autores do delito, a causa de diminuição de pena do arrependimento posterior, prevista no art. 16 do CP, estende-se aos demais coautores. STJ. 6ª Turma. REsp 1187976-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 7/11/2013 (Info 531).

22. Assinale a alternativa incorreta acerca do princípio da insignificância:

- (A) O STF e o STJ, a depender do caso concreto, reconhece a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para o crime de posse ou porte ilegal de pouca quantidade de munição desacompanhada da arma.
- (B) De acordo com o entendimento sumular do STJ, o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.
- (C) É possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais.
- (D) De acordo com o STJ, a violência física é incompatível com os vetores da insignificância.
- (E) O princípio da insignificância não pode ser reconhecido após a sentença penal condenatória.

GABARITO: E

Hoje vamos falar de um princípio muito caro a Defensoria Pública, já que é utilizado como tese defensiva: O Princípio da insignificância. Pela teoria tripartite crime é fato típico, ilícito



e culpável. O vetor da tipicidade pode ser dividido em tipicidade formal e tipicidade material. Com efeito, a tipicidade formal é a subsunção do fato a norma (ex: a pessoa subtrai coisa alheia móvel e incorre no tipo penal de furto). Já a tipicidade material é a valoração do bem jurídico. Sabe-se que o direito penal é subsidiário e só poderá ser utilizado como última alternativa. Deste modo, há casos em que a persecução penal se mostra muito agressiva para solucionar o conflito.

O princípio da insignificância incide sobre a tipicidade material, afastando-a. É uma criação doutrinária jurisprudencial e ainda não foi devidamente positivada no ordenamento jurídico. Apesar disso, é muito utilizado pelos tribunais que, através da sua jurisprudência, vem criando parâmetros de aplicação e casos de afastamento. E quais são eles?

Segundo os tribunais Superiores, quatro vetores devem ser analisados para se usar o princípio da insignificância: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. “O postulado da insignificância apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público.”

Deste modo, quando alguns dos vetores não se mostra presente, o princípio não é aplicado. Vejamos alguns casos nos gabaritos das alternativas.

ALTERNATIVA A: CORRETA.

O crime de porte e posse de munição é um crime de perigo abstrato, por conseguinte os Tribunais Superiores, em regra, reconhecem sua tipicidade mesmo quando a apreensão for feita desacompanhada da arma. Todavia, em casos excepcionais e de pouca monta, é possível aplicar o princípio da insignificância.

Os delitos de posse e de porte de arma de fogo são crimes de perigo abstrato, de forma que, em regra, é irrelevante a quantidade de munição apreendida. O entendimento acima exposto configura a regra geral. No entanto, o STF e o STJ, a depender do caso concreto, reconhece a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para o crime de posse ou porte ilegal de pouca quantidade de munição desacompanhada da arma. O atual entendimento do STJ é no sentido de que a apreensão de pequena quantidade de munição, desacompanhada da arma de fogo, permite a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 517.099/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/08/2019. O STJ, alinhando-se ao STF, tem entendido pela incidência do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), afastando a tipicidade material da conduta quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal. A aplicação do princípio



da insignificância deve, contudo, ficar restrita a hipóteses excepcionais que demonstrem a inexpressividade da lesão, de forma que a incidência do mencionado princípio não pode levar ao esvaziamento do conteúdo jurídico do tipo penal em apreço - porte de arma, incorrendo em proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. STJ. 6ª Turma. HC 473.334/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 21/05/2019.

ALTERNATIVA B: CORRETA.

Súmula 599-STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. STJ. Corte Especial. Aprovada em 20/11/2017, DJe 27/11/2017.

ALTERNATIVA C: CORRETA.

É possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, devendo ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto para se verificar a atipicidade da conduta em exame. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 654.321/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09/06/2015. É possível aplicar o princípio da insignificância para crimes ambientais. STF. 2ª Turma. Inq 3788/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 1º/3/2016 (Info 816).

ALTERNATIVA D: CORRETA.

Esse é o entendimento do STJ:

A violência física é incompatível com os vetores da insignificância.

ALTERNATIVA E: INCORRETA.

Esse é o entendimento do STF.

O princípio da insignificância pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. HC 95570, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 01/06/2010.

23. Qual das alternativas abaixo não pode ser classificada como uma teoria criminológica do consenso?

- (A) Escola de Chicago
- (B) Teoria da associação diferencial
- (C) Teoria da anomia



(D) Teoria da subcultura do delinquente

(E) Teoria do etiquetamento

GABARITO: E

São normalmente classificadas como teorias do consenso: (a) Escola de Chicago; (b) a teoria da associação diferencial; (c) a teoria da anomia e (d) a teoria da subcultura delinquente.

As teorias consensuais têm por finalidade o perfeito funcionamento da sociedade, de maneira que os indivíduos possam compartilhar os objetivos comuns da coletividade, obedecendo às regras existentes.

Por sua vez, as teorias do conflito afirmam que o entendimento social decorre da imposição de alguns valores e sujeição de outros. São teorias de cunho revolucionário, que partem da ideia de que os membros do grupo não compartilham dos mesmos interesses da sociedade, e com isso o conflito seria natural, às vezes até mesmo desejado, para que, quando controlado, leve a sociedade ao progresso. São exemplos: Teoria Crítica ou Radical e a Teoria do Etiquetamento (Labelling Approach).

ALTERNATIVA A: ESCOLA DE CHICAGO:

Contexto em que se desenvolveu a teoria: uma revolução industrial(moderna) que proporcionou uma enorme expansão do mercado americano, consolidando a burguesia comercial. Há diversas mudanças na estrutura da vida da sociedade, com a expansão das cidades, empregos em fábricas, saída do campo, subúrbios etc.

Com a secularização, ocorreu a aproximação entre as elites e a classe baixa, sobretudo por uma matriz de pensamento, formada na Universidade de Chicago, que se denominou “teoria da ecologia criminal” ou “desorganização social”. Em função do crescimento desordenado da cidade de Chicago, que se expandiu do centro para a periferia, inúmeros e graves problemas sociais, econômicos, culturais criaram ambiente favorável à instalação da criminalidade, ainda mais pela ausência de mecanismos de controle social.

Essa expansão ocasionou o desaparecimento do controle social informal; as pessoas vão se tornando anônimas, de modo que a família, a igreja, o trabalho, os clubes de serviço social etc. não dão mais conta de impedir os atos antissociais (estas são as instituições que compõe o controle social informal).



A Escola de Chicago, atenta aos fenômenos criminais observáveis, passou a usar os inquéritos sociais na investigação daqueles. Tais investigações sociais demandavam a realização de interrogatórios diretos, feitos por uma equipe especial junto a dado número de pessoas (amostragem). Ao lado desses inquéritos sociais, utilizaram-se análises biográficas de casos individuais. Os casos individuais permitiram a verificação de um perfil de carreira delitiva. Estabeleceu-se a metodologia de colocação dos resultados da criminalidade sobre o mapa da cidade, pois é a cidade o ponto de partida daquela (estrutura ecológica).

Observe que a metodologia, mas uma vez, é um elemento crucial para as deduções da escola. Aplicou-se uma metodologia urbana, misturando elementos de geografia e sociologia para observar o crime enquanto um fenômeno recorrente em um determinado recorte da sociedade.

Quais foram as principais contribuições da Escola de Chicago?

Uma das grandes contribuições da Escola de Chicago foi transferir o foco dos estudos de uma perspectiva punitiva e repressiva para uma perspectiva preventiva. Buscavam-se formas de prevenir o crime, e não somente de combatê-lo. Nesse sentido, por exemplo, vieram as ideias de iluminação de ruas, de construção de espaços públicos de convivência, entre outros.

Outra grande contribuição foi a análise da criminalidade a partir de uma perspectiva sociológica, e não mais biopsicológica. A criminalidade não era mais vista como algo apenas relacionado ao indivíduo, mas sim como algo dentro de uma perspectiva social.

O método de pesquisa da Escola de Chicago também foi inovador, porque preconizava o conhecimento da realidade da cidade antes de estabelecer a política criminal adequada para a intervenção estatal.

E quais críticas podem ser feitas a ela?

É possível dizer que a Escola de Chicago gerou a mudança de um determinismo biológico para um determinismo ecológico. Ou seja, apesar de romper com a ideia de criminoso nato, não deixou de ser determinista, relacionando sempre pobreza e cidades degradadas com a criminalidade. Ademais, o conceito de desorganização social na Escola de Chicago é ao mesmo tempo descrição de uma condição e causa dessa mesma condição.

Quando falamos de um determinismo ecológico, estamos dizendo que ao invés de encontrar os criminosos medindo o crânio e vendo aspectos faciais (Lombroso), taxou-se como criminoso aquele que vive em zonas periféricas dos grandes centros.



Outra crítica a ser feita é que a Escola de Chicago não levou em consideração os diferentes tipos de delito que variam conforme as classes sociais e locais mais ou menos organizados. Alguns crimes são típicos de classes mais pobres, mas outros são típicos de áreas ricas, por exemplo. A Escola de Chicago não explica os crimes cometidos fora das “áreas delitivas”, como os crimes de colarinho branco.

Há outras críticas possíveis: desconsideração da existência de uma cifra negra na análise da criminalidade; não questionamento do conceito de delito e da seletividade do sistema; etc.

Essa teoria criminológica já foi tema de diversas provas de Defensoria pública como, por exemplo, prova oral da DPE-PE 2018. Na oportunidade, foi questionado ao candidato como a Defensoria Pública poderia contribuir para diminuição da criminalidade à luz desta teoria criminológica. A resposta almejada era a atuação do Defensor Público em prol de políticas públicas e instalações de equipamentos públicos (ex. luz, moradia adequada, creches, escolas, policiamento).

ALTERNATIVA B: ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL:

É considerada uma teoria de consenso, desenvolvida pelo sociólogo americano Edwin Sutherland (1883-1950), inspirado em Gabriel Tarde.

Cunhou-se no final dos anos 1930 a expressão *whitecollarcrimes* (crimes de colarinho branco) para designar os autores de crimes específicos, que se diferenciavam dos criminosos comuns.

Afirma que o comportamento do criminoso é aprendido, nunca herdado, criado ou desenvolvido pelo sujeito ativo. Propõe definições favoráveis ou desfavoráveis ao delito.

Nesse contexto, a associação diferencial é um processo de aprendizagem de comportamentos desviantes, que requer conhecimento e habilidade para se locupletar das ações desviantes.

Isso é aprendido e promovido por gangues urbanas, grupos empresariais, aquelas despertadas para a prática de furtos e arruaças, e estes, para a prática de sonegações e fraudes comerciais.

A aprendizagem do comportamento delitivo se dá numa compreensão cênica, em decorrência de uma interação.

Em outras palavras, a associação diferencial desperta as leis de imitação, porque, ao contrário do que supunha Lombroso, ninguém nasce criminoso, mas a criminalidade é uma consequência de uma socialização incorreta.



As classes sociais mais altas acabam por influenciar as mais baixas, inclusive em razão do monopólio dos meios de comunicação em massa, que criam estereótipos, modelos, comportamentos etc.

Portanto, não se pode dizer que o crime é uma forma de comportamento inadaptado das classes menos favorecidas. Não é exclusividade delas. Nem todas as associações diferenciais têm a mesma força; variam na frequência, na duração, nos interesses e na intensidade.

Daí por que a teoria conduz à ideia de que a cultura mais ampla não é homogênea, levando a conceitos contraditórios do mesmo comportamento, porque se nega que o comportamento do delinquente possa ser explicado por necessidades e valores gerais.

Em resumo, a Associação diferencial é a consequência lógica do princípio de aprendizagem mediante contatos em uma sociedade pluralista e conflitiva.

ALTERNATIVA C: TEORIA DA ANOMIA:

A teoria da anomia também é vista como teoria de consenso, porém com nuances marxistas. Afasta-se dos estudos clínicos do delito porque não o compreende como anomalia.

De plano, convém citar que essa teoria se insere no plano das correntes funcionalistas, desenvolvidas por Robert King Merton, com apoio na doutrina de E. Durkheim (O suicídio).

A anomia é uma situação social em que há falta de coesão e ordem, especialmente, no tocante a normas e valores sociais. Essa escassez resultaria em uma sociedade levada a um estado de precariedade pela falta de ordem, de modo que cada um seguiria suas próprias normas individuais. Segundo Émile Durkheim, um dos grandes precursores desta teoria, em suas obras *Da Divisão do Trabalho Social* e em *O Suicídio*, emprega o termo para mostrar que algo na sociedade não está funcionando de forma harmônica.

Para os funcionalistas, a sociedade é um todo orgânico articulado que, para funcionar perfeitamente, necessita que os indivíduos interajam num ambiente de valores e regras comuns.

No entanto, toda vez que o Estado falha, é preciso resgatá-lo, preservando-o; se isso não for possível, haverá uma disfunção.

Merton explica que o comportamento desviado pode ser considerado, no plano sociológico, um sintoma de dissociação entre as aspirações socioculturais e os meios desenvolvidos para alcançar tais aspirações.



Assim, o fracasso no atingimento das aspirações ou metas culturais em razão da impropriedade dos meios institucionalizados pode levar à anomia, isto é, a manifestações comportamentais em que as normas sociais são ignoradas ou contornadas.

A anomia é uma situação de fato em que faltam coesão e ordem, sobretudo no que diz respeito a normas e valores. Exemplos: as forças de paz no Haiti tentaram debelar o caos anômico naquele país (2008); após a passagem do furacão Katrina em Nova Orleans (EUA, 2005), assistiu-se a um estado calamitoso de crimes naquela cidade, como se lá não houvesse nenhuma norma.

A anomia vista como um tipo de conflito cultural ou de normas sugere a existência de um segmento de dada cultura, cujo sistema de valores esteja em antítese e em conflito com outro segmento. Então, o conceito de anomia de Merton atinge dois pontos conflitantes: as metas culturais (status, poder, riqueza etc.) e os meios institucionalizados (escola, trabalho etc.).

Nessa linha de raciocínio, Merton elabora um esquema no qual explica o modo de adaptação dos indivíduos em face das metas culturais e meios disponíveis, assinalando com um sinal positivo quando o homem aceita o meio institucionalizado e a meta cultural, e com um sinal negativo quando os reprova.

A conformidade ou comportamento modal (conformista), num ambiente social estável, é o tipo mais comum, pois os indivíduos aceitam os meios institucionalizados para alcançar as metas socioculturais. Existe adesão total e não ocorre comportamento desviante desses aderentes.

Ele se conforma com a desigualdade e ele trabalha com ela.

No modo de inovação os indivíduos acatam as metas culturais, mas não aceitam os meios institucionalizados. Quando percebem que nem todos os meios estão a sua disposição, eles rompem com o sistema e, pela conduta desviante, tentam alcançar as metas culturais. Nesse aspecto o delinquente corta caminho para chegar às metas culturais.

Eles vão buscar isso através dos meios ilegítimos. Ele inova em relação ao meio.

Esse tipo renunciou aos meios legítimos, mas usa os ilegítimos.

Esse é o criminoso mais frequente (o do tipo inovador).

Quanto maior a pressão anômica, mais pessoas irão delinquir.



Outro modo referido por Merton é o ritualismo, por meio do qual os indivíduos fogem das metas culturais, que, por uma razão ou outra, acreditam que jamais atingirão. Renunciam às metas culturais por entender que são incapazes de alcançá-las.

Na evasão ou retraimento os indivíduos renunciam tanto às metas culturais quanto aos meios institucionalizados. Aqui se acham os bêbados, drogados, mendigos e, párias, que são derrotistas sociais.

São os apáticos, pois eles abdicam dos meios e dos fins. Ele não quer trabalhar, ele não quer estudar, mas ele vai viver nessa condição. Ele não é um assaltante: ele vai viver conforme o tipo de vida que ele optou (mendigar, etc). Ele renunciou aos meios e aos fins.

Por derradeiro, cita-se a rebelião, caracterizada pelo inconformismo e revolta, em que os indivíduos rejeitam as metas e meios, lutando pelo estabelecimento de novos paradigmas, de uma nova ordem social. São individualmente os “rebeldes sem causa”, ou ainda, coletivamente, as revoluções sociais.

Ele vai fazer a revolução para garantir o socialismo, através da luta armada. Com isso, ele irá conseguir outro mundo (outros fins).

ALTERNATIVA D: TEORIA DA SUBCULTURA DELINQUENTE:

A anomia, como uma espécie de confusão de normas ou um encontro de normas conflitantes, é o primeiro passo para a análise das subculturas.

A teoria da subcultura delinquente é tida como teoria de consenso, criada pelo sociólogo Albert Cohen (Delinquent boys, 1955).

Três ideias básicas sustentam a subcultura: 1) o caráter pluralista e atomizado da ordem social; 2) a cobertura normativa da conduta desviada; 3) as semelhanças estruturais, na gênese, dos comportamentos regulares e irregulares.

Essa teoria é contrária à noção de uma ordem social, ofertada pela criminologia tradicional. Identificam-se como exemplos as gangues de jovens delinquentes, em que o garoto passa a aceitar os valores daquele grupo, admitindo-os para si mesmo, mais que os valores sociais dominantes.

Segundo Cohen, a subcultura delinquente se caracteriza por três fatores: não utilitarismo da ação; malícia da conduta e negativismo.

O não utilitarismo da ação se revela no fato de que muitos delitos não possuem motivação racional (ex.: alguns jovens furtam roupas que não vão usar).



A malícia da conduta é o prazer em desconcertar, em prejudicar o outro (ex.: atemorização que gangues fazem em jovens que não as integram). O negativismo da conduta mostra-se como um polo oposto aos padrões da sociedade. A existência de subculturas criminais se mostra como forma de reação necessária de algumas minorias muito desfavorecidas diante das exigências sociais de sobrevivência.

ALTERNATIVA E: TEORIAS DA REAÇÃO SOCIAL (LABELLING APPROACH):

A teoria do labelling approach (interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou reação social) é uma das mais importantes teorias de conflito. Surgida nos anos 1960, nos Estados Unidos, seus principais expoentes foram Erving Goffman e Howard Becker.

Por meio dessa teoria ou enfoque, a criminalidade não é uma qualidade da conduta humana, mas a consequência de um processo em que se atribui tal “qualidade” (estigmatização).

Assim, o criminoso apenas se diferencia do homem comum em razão do estigma que sofre e do rótulo que recebe. Por isso, o tema central desse enfoque é o processo de interação em que o indivíduo é chamado de criminoso.

A sociedade define o que entende por “conduta desviante”, isto é, todo comportamento considerado perigoso, constrangedor, impondo sanções àqueles que se comportarem dessa forma. Destarte, condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma sociedade rotulam às outras que as praticam.

Sustenta-se que a criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestado de antecedentes, folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas etc.) acaba por impregnar o indivíduo, causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros. Uma vez condenado, o indivíduo ingressa numa “instituição” (presídio), que gerará um processo institucionalizador, com seu afastamento da sociedade, rotinas do cárcere etc.

Uma versão mais radical dessa teoria anota que a criminalidade é apenas a etiqueta aplicada por policiais, promotores, juízes criminais, isto é, pelas instâncias formais de controle social. Outros, menos radicais, entendem que o etiquetamento não se acha apenas na instância formal de controle, mas também no controle informal, no interacionismo simbólico na família e escola (“irmão ovelha negra”, “estudante rebelde” etc.).

As consequências políticas da teoria do labelling approach são reduzidas àquilo que se convencionou chamar “política dos quatro Ds” (Descriminalização, Diversão, Devido



processo legal e Desinstitucionalização). No plano jurídico-penal, os efeitos criminológicos dessa teoria se deram no sentido da prudente não intervenção ou do direito penal mínimo. Existe uma tendência garantista, de não prisionização, de progressão dos regimes de pena, de abolitio criminis etc.

24. Acerca do crime de roubo, assinale a opção incorreta.

(A) O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, a teoria da amotio ou apprehensio junto ao Superior Tribunal de Justiça.

(B) A violência imprópria é caracterizada quando o agente, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

(C) A pena do roubo será aplicada em dobro caso a violência ou grave ameaça seja exercida com o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

(D) Conforme tese institucional da DPE-SP, caso o bem subtraído seja insignificante, é possível a desclassificação do crime de roubo para o crime subsidiário.

(E) O roubo impróprio fica caracterizado quando o agente, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

GABARITO: B

ALTERNATIVA A: A doutrina tradicional identifica quatro correntes distintas acerca da consumação dos crimes de roubo e furto (subtração):

(a) teoria da contrectatio: a ação de tocar o objeto;

(b) teoria da amotio: a ação de remover a coisa;

(c) teoria da ablatio: a ação de levar a coisa, tirando-a da esfera patrimonial do proprietário;

(d) teoria da illatio: a ação de colocar a coisa em lugar seguro.



Ao longo do tempo, contudo, as duas teorias intermediárias – ou seja, da amotio e da ablatio – se tornaram as mais aceitas, motivo pelo qual são as protagonistas da discussão atual acerca da consumação desses crimes.

Em outubro de 2015, no REsp Repetitivo 1499050/RJ, o STJ firmou a seguinte tese:

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada.

Na mesma data, no REsp Repetitivo 1524450/RJ, o STJ aplicou idêntico entendimento para o crime de furto, firmando a tese:

Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada.

Já em 2016, o STJ aprovou o enunciado da súmula 582, com idêntico teor da referida primeira tese sobre o crime de roubo, o que acabou por engessar a jurisprudência nesse sentido.

Em provas para a Defensoria, quando não perguntado o exato entendimento do STJ (como nessa questão), sugere-se a defesa da teoria da ablatio, pois mais benéfica ao réu. Ademais, critica-se a teoria da amotio em razão de ela quase impossibilitar a tentativa de subtração, transformando todos os crimes de furto e roubo em delitos consumados, ainda que o agente não tenha a posse mansa e pacífica por nenhum lapso.

ALTERNATIVAS B e E: É comum a confusão entre a violência imprópria no crime de roubo e o roubo impróprio, motivo pelo qual esse assunto é constantemente cobrado em concursos públicos.

A violência imprópria se refere a um dos meios descritos pela lei para a execução do crime de roubo, previsto no artigo 157, “caput”, do Código Penal:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Assim, a violência imprópria é uma fórmula genérica prevista pela lei a fim de complementar a previsão da violência própria, esta consistente na grave ameaça ou



violência física. A violência é todo e qualquer meio diverso da violência física e da grave ameaça que impede que a vítima ofereça resistência ou defesa à subtração do patrimônio. São exemplos de violência imprópria o uso de soníferos, anestésicos, hipnose etc. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, trata-se de meios aplicados sub-reptícia ou fraudulentamente.

Já o roubo impróprio constitui uma figura típica autônoma e equiparada ao “caput” do artigo 157 do Código Penal:

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Trata-se, portanto, do exemplo em que o agente criminoso, quando já deixando a residência da vítima na posse de uma televisão subtraída, é surpreendido pela própria vítima. Nesse momento, a fim de assegurar a detenção do bem subtraído, bem como sua fuga do local, o agente criminoso apresenta à vítima uma arma de fogo e, mediante grave ameaça, exige que ela não chame a polícia.

É interessante observar que, no roubo impróprio, não há previsão de violência imprópria, ou seja, não é possível praticá-lo por qualquer meio que reduz a vítima à impossibilidade de resistência. Os únicos meios de execução do roubo impróprio são a violência ou a grave ameaça (violência própria).

Frise-se que não é admissível a tentativa de roubo impróprio, pois, o artigo 157, §1º, do Código Penal exige que a violência ou grave ameaça sejam empregadas “logo depois de subtraída a coisa”, ou seja, é necessária a consumação do crime de furto para que, em seguida, seja exercida a violência ou grave ameaça contra a pessoa, transmutando-se em crime de roubo.

Se a subtração for apenas tentada e houver violência ou grave ameaça na fuga, o agente criminoso incorrerá no crime de furto tentado em concurso com o crime contra a pessoa (vias de fato, constrangimento ilegal, lesão corporal etc.).

ALTERNATIVA C: A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, previu mais uma causa de aumento para o crime de roubo:

Art. 157. § 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

Ainda não há doutrina ou jurisprudência consolidadas acerca da novel legislação, mas acreditamos que a referida causa de aumento somente será aplicável quando a arma de



fogo for apreendida, não sendo possível que a palavra da vítima sirva para identificar o calibre de uma arma de fogo.

Ademais, sempre que estivermos diante de crime de roubo com uso de arma de fogo, é necessário defender a necessidade tanto de apreensão como de laudo da arma de fogo para a incidência da causa de aumento. Fora dessas condições, a dúvida acerca da utilização e da aptidão da arma para produzir disparos sempre deverá ser interpretada a favor do réu.

Ressalte-se, contudo, que a jurisprudência do STJ se consolidou em sentido contrário .

ALTERNATIVA D: O crime de roubo é crime complexo, pois se constitui da reunião de dois crimes autônomos: furto (art. 155, do CP) e constrangimento ilegal (art. 146, do CP). Assim, a objetividade jurídica do crime também é dúplice, ou seja, protege-se o patrimônio e a liberdade individual da vítima.

Ocorre que, muitas vezes, em que pese configurado o constrangimento ilegal, o crime de furto não resta configurado no caso concreto, pois ausente a tipicidade material pela incidência do princípio da insignificância.

Segundo a tese institucional nº 88 da DPE/SP:

O princípio da insignificância ou bagatela encontra guarida na fragmentariedade do Direito Penal, ou seja, tratando-se de conduta ou lesão irrelevantes, o mesmo não poderá incidir no caso concreto.

A Tipicidade Material, conforme a teoria constitucionalista do delito, defendida no Brasil por Luiz Flávio Gomes, na Argentina por Eugênio Raul Zaffaroni e em toda Europa de forma quase unânime, afirma que não basta o fato ser formalmente típico (conduta, nexos de causalidade, resultado naturalístico e adequação típica), devendo o mesmo ser materialmente típico.

O princípio da insignificância torna o fato materialmente atípico, eis que a conduta e a lesão são tão ínfimas ao bem jurídico protegido que não afronta o denominado princípio da ofensividade.

Assim, a conduta criminosa, além de se amoldar formalmente ao tipo objetivo, com todas as suas elementares e circunstâncias, também deve ofender relevantemente o bem jurídico tutelado ou, ao menos, levar perigo concreto e acentuado a ele.

Desse modo, de acordo com a tese institucional referida, na hipótese de roubo de pequeno valor, é necessário que se reconheça a incidência do princípio da insignificância quanto



ao delito de furto, restando apenas configurado o crime remanescente, ou seja, constrangimento ilegal, lesão corporal, vias de fato, etc.

O princípio da insignificância no crime de roubo já foi reconhecido em acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ROUBO. INSIGNIFICÂNCIA. Cabível no caso em exame, tendo em vista o valor irrisório dos bens subtraídos, no caso, um xampú e dois desodorantes, no valor de R\$ 20,00 (vinte reais), assim como a conduta de ter mordido a vítima para se livrar do flagrante. APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime, Nº 70042887679, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em: 14-11-2012)

25. Assinale a opção correta com relação aos crimes contra a dignidade sexual.

- (A) O crime de importunação sexual admite a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9099/95).
- (B) A mera conduta consistente em manter “casa de prostituição” constitui crime, não sendo necessária a prova de que, no local, ocorre exploração sexual.
- (C) Atualmente, no crime de estupro cometido contra vítima maior de 18 anos, apenas procede-se mediante ação pública condicionada à representação da vítima.
- (D) O crime de violação sexual mediante fraude, previsto no artigo 215 do Código Penal, constitui crime hediondo.
- (E) Considera-se vulnerável, para fins de tipificação do crime de estupro de vulnerável, o menor de 16 anos, ainda que possua o necessário discernimento para a prática do ato.

GABARITO: A

ALTERNATIVA A: A suspensão condicional do processo é um instituto previsto no artigo 89 da Lei nº 9099/95, que se aplica a todos os crimes (e não só àqueles previstos na Lei nº 9099/95), cuja pena mínima cominada em abstrato seja igual ou inferior a um ano, não importando o bem jurídico tutelado ou se houve violência ou grave ameaça à pessoa.

Dentre os crimes contra a dignidade sexual, é cabível a suspensão condicional do processo nos seguintes casos:



- (i) Importunação sexual – art. 215-A (reclusão, de um a cinco anos);
- (ii) Assédio sexual – art. 216-A (detenção, de um a dois anos);
- (iii) Registro não autorizado da intimidade sexual – art. 216-B (detenção, seis meses a um ano);
- (iv) Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia – art. 218-C, “caput” (reclusão, de um a cinco anos);
- (v) Mediação para servir a lascívia de outrem – art. 227, “caput” (reclusão, de um a três anos);
- (vi) Rufianismo – art. 230, “caput” (reclusão, de um a quatro anos);
- (vii) Ato obsceno e escrito ou objeto obsceno – arts. 233 e 234 (detenção, de três meses a um ano; detenção, de seis meses a dois anos).

Assim, deve-se lembrar que o fato de se tratar de crime contra a dignidade sexual não impede o oferecimento do benefício do artigo 89 da Lei nº 9099/95.

ALTERNATIVA B: Com o advento da Lei nº 12015/2009, houve uma mudança na redação do tipo penal “casa de prostituição”, sendo atualmente o seguinte:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Assim, em 2018, no REsp 1683375/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o STJ decidiu que, “com a edição da Lei nº 12.015/09, a configuração do delito passou a requisitar não apenas a finalidade específica e exclusiva do estabelecimento para os atos libidinosos mas, também, como elemento normativo do tipo, a ‘exploração sexual’”. Ou seja, a mera conduta consistente em manter “casa de prostituição” não mais constitui crime.

No mesmo julgado, o STJ definiu o conceito normativo de “exploração sexual”, afirmando que, para a configuração do crime referido, é necessário “manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual”. É necessário, portanto, algum tolhimento à liberdade sexual da pessoa, não configurando esse crime a mera conduta de manter local destinado a encontros libidinosos.



O STJ, contudo, ressaltou que não adota a teoria da adequação social em relação às casas de prostituição, que ainda podem configurar o crime subsidiário de rufianismo, quando o agente criminoso “tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”.

Nesse sentido, veja-se trecho do voto da relatora:

Importante ressaltar que não se trata de hipótese de *abolitio criminis*, tampouco de adequação social. A propósito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, delito tipificado no artigo 229 do Código Penal. (HC 238.688/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 19/08/2015)

(...) Como é cediço, a lei nunca puniu a prostituição em si, devendo ser punido apenas o proxeneta, o rufião. Assim, impedir que pessoas maiores de idade disponham de um lugar para o exercício voluntário dessa atividade sexual, sem que haja qualquer forma de exploração, poder-se-ia, em última análise, culminar por lançar tais pessoas às mais diversas situações de risco e vulnerabilidade, expondo-as aos perigos da rua.

ALTERNATIVA C: Com o advento da Lei nº 13.718/2018, todos os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis procedem-se mediante ação penal pública incondicionada.

Em relação ao direito intertemporal, deve-se considerar que referida lei tem caráter híbrido, ou seja, de direito material e de direito processual, prevalecendo, portanto, o disposto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal (interpretação a *contrario sensu*) quanto a sua aplicação no tempo.

Desse modo, relativamente aos crimes contra a dignidade sexual tipificados nos arts. 213 a 218-C do Código Penal, e praticados antes da vigência da nova lei, o início da persecução penal continua a depender da representação, salvo se se tratar de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável. Isso porque o novo art. 225 constitui lei penal mais gravosa, não podendo retroagir. Há, nesse caso, ultratividade da disposição anterior acerca da ação penal.

ALTERNATIVA D: Dentre os crimes contra a dignidade sexual, apenas configuram crimes hediondos o estupro e o estupro de vulnerável (art. 1º, V e VI, da Lei nº 8072/90).

ALTERNATIVA E: Considera-se vulnerável, para fins de tipificação do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal: (i) o menor de 14 anos, ainda que possua o necessário discernimento para a prática do ato; (ii) a pessoa que, por



enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; e (iii) a pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Conforme o §5º do artigo 217-A do Código Penal, nessas hipóteses, configura-se o crime de estupro de vulnerável independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. Ou seja, a experiência sexual anterior da vítima não descaracteriza o crime de estupro de vulnerável.

Ainda, deve-se ressaltar que o mero fato de a suposta vítima ser pessoa com deficiência não configura o crime de estupro de vulnerável, sendo necessário avaliar se ela tinha o necessário discernimento para a prática do ato, o que ocorre por meio de laudo pericial.

Nesse ponto, importante lembrar que, com o advento da Lei nº 13146/2015, a pessoa com deficiência é considerada absolutamente capaz, prevendo artigo 6º, I e II, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável, bem como exercer direitos sexuais e reprodutivos.

26. Maria concorria a uma vaga no Mestrado em Direito em uma Universidade particular e, a fim de comprovar que possuía as qualificações requeridas pelo edital de seleção dos candidatos, inseriu em seu currículo “Lattes” (CNPq) informação falsa no sentido que havia publicado um artigo científico em revista de renome. Ainda, apresentou diploma falso de graduação, supostamente emitido pela Universidade Federal de seu Estado. Acerca da conduta de Maria, assinale a alternativa correta:

(A) Em relação à falsificação do currículo “Lattes”, Maria não responderá por nenhum crime, pois constitui fato atípico. Já em relação ao diploma falso de graduação, Maria responderá pelo crime de uso de documento público falso.

(B) Em relação à falsificação do currículo “Lattes”, Maria responderá pelo crime de falsidade ideológica. Já em relação ao diploma falso de graduação, Maria responderá pelo crime de uso de documento público falso.

(C) Em relação à falsificação do currículo “Lattes”, Maria não responderá por nenhum crime, pois constitui fato atípico. Já em relação ao diploma falso de graduação, Maria responderá pelo crime de falsificação de documento público.

(D) As condutas praticadas por Maria não constituem crime, pois foram praticadas em desfavor de universidade particular, não atingindo a fé pública, portanto.



(E) Em relação à falsificação do currículo “Lattes”, Maria não responderá por nenhum crime, pois constitui fato atípico. Já em relação ao diploma falso de graduação, Maria responderá pelo crime de uso de documento particular falso.

GABARITO: A

Inicialmente, é importante RELEMBRAR a diferença entre falsidade ideológica e falsidade material.

A falsidade ideológica é aquela que se opera no conteúdo do documento, por exemplo, a falsificação do nome em um RG verdadeiro; enquanto a falsidade material é aquela que incide sobre o suporte material do documento, por exemplo, a falsificação de uma assinatura ou a troca de uma foto de um RG.

Nesse ponto, gostamos da didática explicação de Cezar Roberto Bitencourt :

A falsidade material, com efeito, altera o aspecto formal do documento, construindo um novo ou alterando o verdadeiro; a falsidade ideológica, por sua vez, altera o conteúdo do documento, total ou parcialmente, mantendo inalterado seu aspecto formal.

Feita essa revisão inicial, passemos à RESOLUÇÃO DA QUESTÃO.

O objeto material do crime de falsidade ideológica é o “documento público ou particular”.

Diante disso, o STJ decidiu no RHC 81.451/RJ, julgado em agosto de 2017, que o currículo “Lattes”, plataforma mantida pelo CNPq, não constitui documento, pois não se trata de “escrito palpável, ou seja, um papel do mundo real, mas de uma página em um sítio eletrônico”.

Ademais, o STJ afirmou que também não se trata de documento eletrônico, “porquanto somente pode ser assim denominado aquele constante de página ou sítio na rede mundial de computadores que possa ter sua autenticidade aferida por assinatura digital”.

Assim, o STJ concluiu que o currículo “Lattes” não possui validade jurídica.

Segue a ementa do julgado citado:

PROCESSUAL PENAL. INSERÇÃO DE DADO FALSO EM CURRÍCULO LATTES. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PECULATO-FURTO POR OMISSÃO RELEVANTE. DESCRIÇÃO FÁTICA INSUFICIENTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA.



1 - Documento digital que pode ter a sua higidez aferida e, pois, produzir efeitos jurídicos, é aquele assinado digitalmente, conforme a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

2 - O currículo inserido na página digital Lattes do CNPq não é assinado digitalmente, mas decorrente da inserção de dados, mediante imposição de login e senha, não ostentando, portanto, a qualidade de "documento digital" para fins penais.

3 - Além disso, como qualquer currículo, material ou virtual, necessita ser averiguado por quem tem nele interesse, o que, consoante consagradas doutrina e jurisprudência, denota atipicidade na conduta do crime de falsidade ideológica.

(...)

6 - Recurso provido para para trancar a ação penal quanto ao crime de falsidade ideológica, por falta de justa causa, ante a constatada atipicidade e para declarar nula a denúncia, por inépcia, no tocante ao crime de peculato, sem prejuízo de que outra peça acusatória seja apresentada com observância da lei processual penal.

(RHC 81.451/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Para fins de prova subjetiva e para a prática do Defensor Público, é interessante, ainda, observar outro trecho do julgado referido:

“Mas ainda que pudesse o currículo Lattes ser considerado um documento digital válido para fins jurídicos, especialmente aqui, para fins penais, tem-se que, como qualquer currículo, seja clássico (papel escrito) ou digital, é passível de averiguação, ou seja, as informações nele contidas deverão ser objeto de aferição por quem nelas tem interesse, o que denota atipicidade.”

Ou seja, qualquer documento que pressupõe a verificação de suas informações pelo recebedor não é passível de falsificação ideológica, constituindo fato atípico.

Já a segunda parte da questão, ou seja, a conduta de Maria consistente na apresentação de diploma falso de graduação, supostamente emitido pela Universidade Federal de seu Estado, constitui o crime de uso de documento público falso, previsto no artigo 304, c.c. artigo 297, ambos do Código Penal.

A questão informou que o diploma apresentado era de uma Universidade Federal, o que retira qualquer dúvida acerca de seu caráter de documento público. Contudo, ainda que se tratasse de diploma de Universidade particular, entende-se majoritariamente que também constitui documento público, pois expedido no exercício de atribuição delegada



do Poder Público. Ademais, o diploma é documento autenticado e assinado pelo Ministério da Educação, o que mais uma vez confirma o seu caráter público.

Não se trata do crime de falsificação de documento público, como colocado em uma das alternativas, pois a questão não narra que Maria teria falsificado ou participado da falsificação do diploma, mas apenas narra que o documento foi utilizado por Maria para a obtenção de uma vaga em um Mestrado. Trata-se de situação corriqueira aquela em que uma pessoa adquire um documento falso de terceiro para então utilizá-lo, de modo que não é possível a imputação do crime de falsificação de documento público a Maria pelo simples fato de ela tê-lo utilizado.

27. Acerca dos crimes previstos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e suas consequências penais, assinale a alternativa correta:

(A) O crime de associação para o tráfico tem natureza hedionda e a progressão de regime prisional desse tipo de crime ocorre após o cumprimento de 40% da pena — se o condenado for primário — ou de 60% da pena — se reincidente.

(B) Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a condenação anterior por delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não faz incidir a circunstância agravante relativa à reincidência.

(C) As sanções previstas para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 prescrevem em três anos, menor prazo prescricional previsto no Código Penal.

(D) A pena fixada pelo crime de tráfico de drogas será cumprida inicialmente no regime fechado, independentemente da quantidade de pena fixada.

(E) Segundo a Lei nº 11.343/2006, o grau de pureza da droga é utilizado como um dos parâmetros para a fixação da pena do crime de tráfico de drogas.

GABARITO: B

ALTERNATIVA A: O crime de associação para o tráfico não tem natureza hedionda, pois não está previsto no rol da Lei nº 8072/90. Já o crime de tráfico ilícito de drogas é previsto como crime equiparado a hediondo, conforme o artigo 5º, XLIII, da CF, e o artigo 2º, “caput”, da Lei nº 8072/90.



Já em relação à progressão de regime, é importante lembrar que a Lei 13.964/2019 alterou o sistema progressivo de cumprimento de pena, previsto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, instituindo porcentagens de cumprimento diversas:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

V - não ter integrado organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Frise-se que, pela nova lei, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o crime de tráfico de drogas privilegiado não constitui crime hediondo, não se aplicando a ele as regras mais rígidas de progressão de regime.



ALTERNATIVA B: Em 2018, no REsp 1672654/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o STJ firmou o entendimento segundo o qual a condenação anterior por crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não gera reincidência.

Essa jurisprudência foi construída a partir de uma analogia com as contravenções penais, que, de acordo com o artigo 63 do Código Penal, não geram reincidência.

Nesse sentido, afirmou a relatora:

Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

Ademais, referido precedente considerou a discussão acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11343/06, tema com repercussão geral reconhecida no STF, tendo afirmado a relatora nesse ponto:

Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

Saindo um pouco do tema, mas como uma forma de COMPLEMENTAÇÃO DA MATÉRIA, tendo em vista a citação acima, gostaríamos de explicar o que são os programas ou as políticas de redução de danos.

De acordo com Flávio Botolozzi Júnior, trata-se de “ações que buscam minimizar os riscos e os danos provocados pelo uso ou pelo uso problemático de drogas sem necessariamente requerer a abstinência ou a redução do consumo de tais substâncias. Ou seja, a ideia central não é baseada na evitação do uso em si (abstinência), mas sim na redução de danos/riscos colaterais decorrentes do uso”. É um exemplo de política de redução de danos a distribuição gratuita de seringas aos usuários de drogas injetáveis, para evitar a incidência do vírus do HIV nessa população.



É necessário ressaltar que, diversamente do proibicionismo, os programas de redução de danos sempre pressupõem a voluntariedade, em respeito à autonomia da vontade do usuário de drogas. São, portanto, programas que veem o usuário não como pessoa a ser tutelada, mas como sujeito de direitos, co-responsável (juntamente com a sociedade) por sua condição de saúde. Os programas visam orientar e auxiliar esses usuários para que não incorram em um uso problemático de drogas.

ALTERNATIVA C: O artigo 30 da Lei nº 11.343/2006, lei especial, prevê que prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas previstas no artigo 28. Assim, não se aplicam ao crime de porte de drogas os prazos prescricionais do artigo 109 do Código Penal. As demais regras sobre prescrição previstas no Código Penal, contudo, são sim aplicáveis à Lei nº 11.343/2006.

ALTERNATIVA D: O artigo 2º, §1º, da Lei nº 8072/90 ainda traz previsão segundo a qual a pena fixada pelo crime de tráfico de drogas será cumprida inicialmente no regime fechado, independentemente da quantidade de pena fixada:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Ocorre que o STF, no julgamento do HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 2012, declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo por ofensa à norma constitucional que determina a individualização das penas:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas



favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

Frise-se que, no ano de 2010, o Plenário do STF, no HC 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto), já havia reconhecido a inconstitucionalidade parcial do artigo 44 da Lei 11.343/2006, afastando o óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas.

ALTERNATIVA E: Os parâmetros para a fixação da pena no crime de tráfico de drogas são os mesmos dos demais crimes, havendo uma previsão na Lei nº 11343/06 acerca das circunstâncias preponderantes:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, o grau de pureza da droga não é um dos fatores legais a serem considerados no momento da dosimetria da pena, pois não previsto expressamente.

Nesse sentido, veja-se precedente do STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA COMPLEMENTAR NA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DESNECESSIDADE. INEXIGÊNCIA NA LEI N. 11.343/2006 DE DETERMINAÇÃO DO GRAU DE PUREZA DA DROGA E DO SEU POTENCIAL LESIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. 1. Desnecessária a aferição do grau de pureza da droga para realização da dosimetria da pena. A Lei n. 11.343/2006 dispõe como preponderantes, na fixação da pena, a natureza e a quantidade de entorpecentes, independente da pureza e do potencial lesivo da substância. Precedente. 2. Para acolher



a alegação da Impetrante de imprescindibilidade da perícia complementar na substância entorpecente apreendida, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o habeas corpus. 3. Ordem denegada. (HC 132909, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2016 PUBLIC 07-04-2016)

28. No que se refere à Lei de Execuções Criminais, marque a alternativa incorreta:

(A) A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.

(B) Não terá direito à permissão de saída o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

(C) A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, sendo permitida a fiscalização do conteúdo da correspondência.

(D) Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

(E) Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

GABARITO: B

ALTERNATIVA A: CORRETA: art. 112, inciso II, da Lei de Execuções Penais, alterado pela Lei n.º 13.964/2019. O artigo 112 e seus incisos, certamente, serão cobrados nas próximas provas, por isso é essencial a leitura, inclusive em vésperas de provas, dos percentuais estabelecidos para a progressão em cada situação mencionada no dispositivo.



Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça

ALTERNATIVA B: INCORRETA: ATENÇÃO!! É sempre recomendável a leitura dos artigos referentes às autorizações de saída, cujas espécies são: permissão de saída e saída temporária. Várias questões confundem ambos os institutos que possuem regras peculiares. No caso, a vedação mencionada se aplica tão somente para a saída temporária, nos termos do art. 122, § 2.º, da Lei de Execuções Penais, acrescido pela Lei n.º 13.964/2019, in verbis:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

ALTERNATIVA C: CORRETA: art. 52, inciso VI, da Lei de Execuções Penais, acrescido pela Lei n.º 13.964/2019. A referida Lei alterou substancialmente os dispositivos referentes ao regime disciplinar diferenciado, por isso deve-se ficar atento para não se confundir com a anterior redação do art. 52 da LEP, sendo importante destacar que o único inciso – contendo as características do RDD – que manteve o seu texto original foi o II, relativo ao recolhimento em cela individual.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

ALTERNATIVA D: CORRETA: art. 9.º-A, § 3.º, da LEP, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, in verbis:

Art. 9.º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.



§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

ALTERNATIVA E: CORRETA: art. 9.º-A, § 8.º da LEP, incluído pela Lei n.º 13.964/2019.

Art. 9o-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

29. O Estado contemporâneo, de natureza laica, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais. Por isso, a pena de prisão não pode ter por fim transformar o homem criminoso num bom pai de família. A liberdade de consciência não sofre qualquer restrição por via da sujeição a uma pena de prisão. Qual princípio se relaciona com o texto acima?

- (A) Numerus clausus
- (B) Less eligibility
- (C) Secularização
- (D) Transcendência mínima
- (E) Não marginalização

GABARITO: C

ALTERNATIVA A: ERRADA: Princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução. Preconiza o controle e a redução da população carcerária, não a criação de novas vagas. Fundamentos jurídicos: arts. 3.º, inciso IV; 1.º, inciso III; 5.º, inciso III; 5.º, inciso XLIX; 5.º, inciso X; 6.º e



196, todos da Constituição Federal; arts. 85, caput; 185; 66, inciso VI, todos da LEP. Observar a Resolução do CNPCT N.º 05 de 25 de novembro de 2016 e a Súmula Vinculante n.º 56 do STF.

ALTERNATIVA B: ERRADA: Princípio, originado na Inglaterra, segundo o qual as condições de trabalho e disciplina nas Casas de Correção não podiam ser tão atrativas quanto o pior emprego possível fora destes estabelecimentos. Buscava-se, com isso, mostrar à classe trabalhadora que a opção pelo encarceramento nas Casas de Correção teria que ser a “menos elegível”. Inicialmente relacionado apenas com as condições de disciplina e trabalho, o princípio foi ao longo do tempo desvirtuado para legitimar o discurso punitivista de que o tratamento das pessoas presas deve ser necessariamente pior do que as condições de vida da classe trabalhadora em meio livre.

ALTERNATIVA C: CORRETA: O princípio da secularização dispõe que a sanção penal e sua execução não podem trazer consigo a finalidade de regulação moral dos sujeitos.

ALTERNATIVA D: ERRADA: Estabelece o princípio da intranscendência (pessoalidade) que a pena não poderá passar da pessoa do criminoso (art. 5.º, inciso XLV, da CF). Muitas vezes é cobrado apenas dessa forma. Mas, considerando uma visão mais realista do sistema penal entende-se que não existe intranscendência dos efeitos penais, posto que a pena criminal, de algum modo, sempre afeta outras pessoas (ex: familiares dos presos). Por essa razão, dá-se o nome de princípio da transcendência mínima. ATENÇÃO: Pode ser que a prova cobre o princípio da intranscendência (posição majoritária), ou o princípio da transcendência mínima (posição minoritária).

ALTERNATIVA E: ERRADA: Os efeitos da condenação penal devem se circunscrever estritamente aos gravames legais ou judiciais, não sendo legítimas quaisquer outras sanções ou restrições ao condenado ou internado, sob pena de desvio da execução. Também denominado Princípio da não discriminação.

30. Sobre o instituto da remição, marque a alternativa correta:

(A) O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto, exceto o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

(B) É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em todos os regimes, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros.



(C) A remição prescinde de reconhecimento por decisão judicial, uma vez que a simples comprovação documental já garante o desconto da pena.

(D) O tempo remido é computado como pena cumprida para todos os efeitos, salvo para fins de extinção da pena daqueles que atingirem o limite de 40 anos, previsto no art. 75 do CP.

(E) O cálculo da remição pelo trabalho em horas pode ser admitido em caso de jornada extraordinária, ou seja, quando o trabalho diário exceder a 8 horas.

GABARITO: E

ALTERNATIVA A: ERRADA: O art. 126, § 6.º, da LEP, expressamente, possibilita a remição para o condenado que usufrui liberdade condicional, nos seguintes termos:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

ALTERNATIVA B: ERRADA. A Súmula n.º 562 do STJ dispõe que: É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros. A remição pelo trabalho aplica-se tanto àquele realizado no interior do estabelecimento, quanto ao trabalho externo, considerando que o art. 126 da LEP não faz distinções quanto ao local da atividade laborativa. Todavia, embora criticável, a posição majoritária é a de que não cabe remição por trabalho no regime aberto.

ALTERNATIVA C: ERRADA: A remição é declarada pelo Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e a Defesa (art. 126, § 8.º, da LEP), logo a remição não prescinde de reconhecimento judicial. Como a remição é declarada, evidencia-se que o direito nasce em momento anterior, quando da prestação do trabalho ou do comparecimento ao curso, cabendo ao Juízo apenas ajustar os novos termos da execução.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.



§ 8.º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

ALTERNATIVA D: ERRADA: O tempo remido é computado como pena cumprida para todos os efeitos (art. 128 da LEP), inclusive o ora mencionado.

Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.

ALTERNATIVA E: CORRETA: O calcula da remição de pena por trabalho, em regra, deve ser feito em dias e não em horas, todavia o cálculo em horas é admitido em caso de jornada extraordinária, assim, a cada 6 horas extras realizadas além da jornada normal de 8 horas diárias, o preso faz jus a 1 dia de trabalho, para fins de remição (STJ).

Direito Processual Penal

31. A Márcio está sendo processado pelo cometimento do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal. Ao ser citado sobre os termos da ação penal movida em seu desfavor, informou ao oficial de justiça que possuía defensor constituído, informando o nome do advogado e o respectivo número de inscrição na OAB. No entanto, houve o transcurso do prazo legal para apresentação de resposta escrita à acusação, sem que o defensor contratado por Márcio tenha adotado as providências que lhe competiam. Diante do referido cenário, escolha a alternativa que melhor representa a orientação das cortes superiores sobre o tema:

(A) O magistrado deverá, por força do que dispõe o art. 396-A, § 2º, do CPP, providenciar a imediata nomeação de defensor dativo para representar os interesses de Márcio na ação penal.

(B) O magistrado deverá, por força do que dispõe o art. 396-A, § 2º, do CPP, providenciar a imediata nomeação do defensor público em atuação naquela vara criminal para representar os interesses de Márcio na ação penal.

(C) O magistrado deverá dar prosseguimento regular ao feito, com designação de audiência de instrução e julgamento, já que ocorreu a preclusão para apresentação da resposta escrita à acusação.

(D) O magistrado deverá providenciar a prévia intimação de Márcio, a fim que, ciente da inércia de seu advogado, constitua um novo defensor ou declare sua hipossuficiência econômica e seu interesse em ser assistido pela Defensoria Pública.



(E) O magistrado deverá, por força do que dispõe o art. 396-A, § 2º, do CPP, providenciar o imediato encaminhamento dos autos ao defensor público em atuação naquela vara criminal, a fim de que este apresente resposta escrita à acusação.

GABARITO: letra D

Comentários:

Letra D: a providência estampada no gabarito da questão é aquela que melhor se coaduna com a repercussão jurisprudencial sobre o tema. Além disso, a prévia intimação do acusado para que esteja ciente da inércia do causídico e, assim, escolha quem representará seus interesses na ação penal é medida que presta homenagem à ampla defesa, composta pelo binômio “autodefesa + defesa técnica”. Vejamos, a título de exemplo, o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, CORRUPÇÃO DE MENORES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR DEFENSOR PARTICULAR. NOMEAÇÃO DIRETA DA DEFENSORIA PÚBLICA. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PROVIDO. 1. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). Precedentes do STJ e STF. 2. **"A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica que, no caso de inércia do advogado constituído, deve ser o acusado intimado para novo advogado para a prática do ato, inclusive por edital, caso não seja localizado e, somente caso não o faça, deve ser nomeado advogado dativo, sob pena de, em assim não se procedendo, haver nulidade absoluta"** (REsp 1512879/MA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016). **De modo contrário, permanecendo inerte o acusado, proceder-se-á à nomeação da Defensoria Pública.** 3. No caso em exame, a inexistência injustificada de intimação do advogado constituído e do réu para nomeação de novo defensor constitui nulidade, pois evidenciado o prejuízo à ampla defesa e ao contraditório pelo cerceamento do direito de ser representado por advogado de sua escolha e confiança, eiva reforçada, ainda, pela dispensa, por ocasião da audiência de instrução, de três testemunhas arroladas pela defesa, as quais, em seu entender, seriam fundamentais para o deslinde do processo. 4. Recurso provido para declarar a nulidade a partir da defesa prévia, devendo ser intimado o paciente para indicação de defensor de sua escolha.



Letra A: é preciso estarmos sempre atentos ao comando da questão. No caso proposto, o enunciado exige do candidato que selecione a opção que se harmoniza melhor com o **entendimento jurisprudencial do assunto**. Não se ignora que a alternativa reflete providência prevista no texto legal, mais precisamente no art. 396-A, § 2º, do CPP:

Art. 396-A, § 2º, CPP: Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Todavia, aqui, o candidato deve demonstrar conhecimento também do posicionamento das cortes superiores sobre a interpretação do dispositivo.

Letras B e E: ambas as alternativas trazem consequências semelhantes e podemos aplicar aqui as mesmas observações já realizadas para as alternativas A e D. Em que pese a literalidade do art. 396-A, § 2º, do CPP, deve-se, primeiramente, buscar o exercício do direito do acusado de escolher o defensor de sua confiança ou de postular pela atuação da Defensoria Pública.

Ademais, é preciso lembrar, sobretudo em contextos de provas para ingresso na Defensoria Pública, que a expressão “nomeação de defensor público”, presente na alternativa B não se revela adequada. Apesar de a letra E trazer redação mais apropriada ao perfil constitucional da Defensoria Pública, na medida em que fala em “encaminhamento dos autos” à instituição e não em “nomeação”, ela também não se amolda ao entendimento jurisprudencial estampado na alternativa D, já que também não respeita o direito do réu de escolher o defensor de sua confiança.

Letra C: após a reforma processual implementada pela Lei nº 11.719/08, entende-se que a resposta escrita à acusação é peça obrigatória, não se sujeitando, portanto, à preclusão. Isto porque, o próprio legislador determina (art. 396-A, § 2º, do CPP) que, na hipótese de inércia da defesa em apresentá-la, deve o juiz providenciar a nomeação de um defensor para tal fim. No tocante às considerações sobre a melhor interpretação do dispositivo, com a recomendação jurisprudencial de que a referida providência seja antecedida da intimação do réu, remetemos os alunos aos comentários feitos nas alternativas D e A.

32. Quanto aos recursos no âmbito processual penal, sua previsão normativa e sua interpretação jurisprudencial, assinale a alternativa **INCORRETA**:

(A) No âmbito do procedimento sumaríssimo, a Lei nº 9.099/95 prevê o cabimento de recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeita a denúncia oral oferecida pelo Ministério Público.



- (B) O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.
- (C) Entende-se que é cabível recurso em sentido estrito contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão.
- (D) No âmbito do Tribunal do Júri, as sentenças de impronúncia e de absolvição sumária desafiam recurso de apelação.
- (E) O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

GABARITO: letra A

Comentários:

Letra A: a alternativa está ERRADA e, portanto, deve ser assinalada. É importante que o candidato não confunda a previsão do art. 581, I, do CPP com aquela descrita no art. 82 da Lei nº 9.099/95. Assim, no âmbito dos procedimentos comuns sumário e ordinário, a decisão que rejeita a denúncia desafia recurso em sentido estrito. Por outro lado, na seara do procedimento sumaríssimo, cabe APELAÇÃO contra a decisão do juiz que rejeita a denúncia.

Art. 581 do CPP. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença

I - que não receber a denúncia ou a queixa.

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

LETRA B: a redação da alternativa coincide exatamente com o conteúdo do enunciado de Súmula nº 604 do Superior Tribunal de Justiça. A alternativa está correta, não devendo, pois, ser assinalada.

Súmula 604-STJ: O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 28/2/2018, DJe 5/3/2018.

LETRA C: alternativa reflete, corretamente, as conclusões extraídas do Informativo nº 596 do STJ. É importante destacar, aqui, a relevância de nos mantermos atualizados em relação à posição das cortes superiores sobre os temas estudados.



“A decisão do juiz que revoga a medida cautelar diversa da prisão de comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP) pode ser impugnada por meio de RESE, com base na interpretação extensiva do art. 581, V, do CPP. O inciso V expressamente permite RESE contra a decisão do juiz que revogar prisão preventiva. Esta decisão é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão. Logo, permite-se a interpretação extensiva neste caso. Em suma: é cabível recurso em sentido estrito contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão”. STJ. 6ª Turma. REsp 1628262/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2016 (Info 596).¹

LETRA D: não raro, as questões objetivas exigem do candidato o conhecimento do texto legal, razão pela qual recomenda-se fortemente a leitura da “lei seca” para as provas de primeira fase. É o caso da presente alternativa, cuja redação traz exatamente a previsão ao art. 416 do Código de Processo Penal:

Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.

Embora não tenha sido objeto de questionamento na questão, aproveitamos a oportunidade para lembrá-los de que, ainda na seara da primeira etapa do procedimento do Tribunal do Júri, as decisões de pronúncia e de desclassificação desafiam recurso em sentido estrito.

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

II - que concluir pela incompetência do juízo;

IV – que pronunciar o réu.

LETRA E: novamente, o teor da alternativa coincide com entendimento estampado em Súmula, razão pela qual reiteramos a necessidade de leitura dos enunciados de súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 713 do STF: O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

O enunciado acima pretende advertir que, no âmbito do Tribunal do Júri, a apelação é um **recurso de fundamentação vinculada**, ou seja, possui hipóteses restritas de cabimento previstas pela lei. Vejamos as referidas hipóteses:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

¹ Fonte: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É cabível RESE contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8289889263db4a40463e3f358bb7c7a1>>. Acesso em: 17/02/2020.



III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

33. Sobre o Inquérito Policial, assinale a alternativa **CORRETA**, levando em consideração a sua previsão normativa e o entendimento dominante nas cortes superiores:

(A) A Lei nº 13.245/2016 reforçou uma série de prerrogativas da defesa técnica no âmbito das investigações, inclusive, conferindo ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia do calendário de inquirições definido pela autoridade policial.

(B) A vítima possui o direito líquido e certo de apuração do crime que sofreu. Exatamente por essa razão é que a jurisprudência consolidou a possibilidade de o ofendido impetrar Mandado de Segurança para evitar o arquivamento do Inquérito Policial.

(C) De acordo com a previsão do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial deverá ser encerrado em 15 (quinze) dias quando o investigado estiver preso. Por outro lado, se o investigado estiver em liberdade, o prazo será de 30 (trinta) dias.

(D) A Lei nº 11.343/06 prevê prazos específicos para a conclusão do Inquérito Policial: tratando-se de investigado preso, o prazo será de 30 (trinta) dias. Tratando-se de indiciado solto, a lei prevê prazo de 90 (noventa) dias. Em ambas as hipóteses, a lei não prevê a possibilidade de prorrogação dos prazos.

(E) A Lei nº 11.343/06 prevê prazos específicos para a conclusão do Inquérito Policial: tratando-se de investigado preso, o prazo será de 30 (trinta) dias. Tratando-se de indiciado solto, a lei prevê prazo de 90 (noventa) dias. Em ambas as hipóteses, a lei prevê expressamente a possibilidade de prorrogação dos prazos.

GABARITO: letra E

Comentários:



LETRA A: pessoal, novamente, alerta sobre a necessidade de estarmos atentos às exigências da questão. No caso proposto, exige-se o conhecimento normativo e jurisprudencial do tema. A letra A **não** coincide com a posição dominante de nossas cortes superiores, como veremos no informativo a seguir. No entanto, tratando-se de outras fases do certame (mormente se estiverem prestando concurso para a Defensoria Pública), é interessante se posicionar de forma crítica sobre a referida posição jurisprudencial.

Info 933. Não é necessária a intimação prévia da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito policial. Não haverá nulidade dos atos processuais caso essa intimação não ocorra. O inquérito policial é um procedimento informativo, de natureza inquisitorial, destinado precipuamente à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório. Logo, no inquérito há uma regular mitigação das garantias do contraditório e da ampla defesa. Esse entendimento justifica-se porque os elementos de informação colhidos no inquérito não se prestam, por si sós, a fundamentar uma condenação criminal. A Lei nº 13.245/2016 implicou um reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade policial. STF. 2ª Turma. Pet 7612/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12/03/2019.²

LETRA B: Apesar de a alternativa exigir conhecimento sobre o julgado relativamente antigo, ele ainda é objeto de questionamento em provas, merecendo nossa atenção:

Info 565. Na ação penal pública, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do Inquérito ou das peças de informação. Considerando que o processo penal rege-se pelo princípio da obrigatoriedade, a propositura da ação penal pública constitui um dever, e não uma faculdade, não sendo reservado ao Parquet um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade de seu ajuizamento.

Por outro lado, não verificando o Ministério Público que haja justa causa para a propositura da ação penal, ele deverá requerer o arquivamento. Esse pedido de arquivamento passará pelo controle do Poder Judiciário que, como vimos acima, poderá discordar, remetendo o caso para o PGJ ou para a CCR.

Existe, desse modo, um sistema de controle de legalidade muito técnico e rigoroso em relação ao arquivamento de inquérito policial, inerente ao próprio sistema acusatório. Nesse sistema, contudo, a vítima não tem o poder de, por si só, impedir o arquivamento.

² Fonte: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não é necessária, mesmo após a Lei 13.245/2016, a intimação prévia da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito policial. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f687767ccf20fcea1c9dc4a5adc2326>>. Acesso em: 17/02/2020.



Cumpra salientar, por oportuno, que, se a vítima ou qualquer outra pessoa trazer novas informações que justifiquem a reabertura do inquérito, pode a autoridade policial proceder a novas investigações, nos termos do citado art. 18 do CPP. STJ. Corte Especial. MS 21.081-DF, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17/6/2015.³

É importante não confundir a situação retratada acima – impossibilidade de a vítima impedir o arquivamento do Inquérito Policial – com a previsão do art. 5º, § 2º, do CPP, que trata da possibilidade de interposição de recurso contra a decisão que inadmita a **abertura** do Inquérito Policial. Vejamos:

Art. 5º, § 2º, do CPP. Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

LETRA C: A cobrança de prazos processuais é recorrente em primeiras fases de concursos públicos. O tema sempre volta a ser cobrado quando estamos diante dos prazos de conclusão do Inquérito Policial. No caso da alternativa C, a resposta pode ser extraída da regra geral constante do art. 10 do CPP:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

O erro da alternativa encontra-se, portanto, na previsão do prazo de conclusão da investigação para investigado preso, que **não** é de 15 (quinze), mas sim de 10 (dez) dias.

LETRAS D e E: As alternativas buscam confundir o candidato não em relação aos prazos de conclusão de Inquérito Policial que apura crimes da Lei nº 11.343/06, mas sim quanto à possibilidade ou não de prorrogação dos referidos prazos. De acordo com a própria literalidade da lei, os prazos **podem ser duplicados**, mas a duplicação depende de parecer prévio do Ministério Público, decisão da autoridade judicial e de requerimento **justificado** do delegado que preside as investigações. Devemos, em tal cenário, posicionarmo-nos sempre de forma bastante crítica contra as prorrogações automáticas de prazo para conclusão das investigações relativas a crimes da Lei Antidrogas. Vejamos:

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

³ Fonte: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inviabilidade de MS impetrado pela vítima para evitar o arquivamento de IP. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d198bd736a97e7cecdf8f4f2027ef80>>. Acesso em: 17/02/2020.



Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

34. Sobre a Ação Penal nos âmbitos da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e dos Crimes contra a Dignidade Sexual, julgue os itens a seguir:

I – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada;

II – O art. 16 da Lei nº 11.340/06 prevê a necessidade de designação de audiência para aquelas hipóteses em que, tratando-se de crime que desafia ação penal pública condicionada à representação, a vítima queira se retratar da representação. Ainda de acordo com o referido dispositivo legal, a retratação só pode ocorrer até o oferecimento da denúncia;

III – Com o advento da Lei nº 11.340/06, o crime de ameaça (art. 147 do CP), quando cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, passou a ser ação penal pública incondicionada;

IV – No atual cenário, ou seja, após as modificações introduzidas pela Lei nº 13.718/08, todos os crimes contra a dignidade sexual desafiam ação penal pública incondicionada;

V – As modificações introduzidas pela Lei nº 13.718/08 quanto à classificação da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual possuem natureza processual e, por essa razão, aplicam-se de forma imediata, ainda que a ação penal já esteja em curso e independentemente da data em que o delito foi cometido.

Assinale a sequência correta em relação aos itens conforme sejam verdadeiros (V) ou falsos (F):

(A) V – V – F – F - V

(B) V – F – F – V – F

(C) V – F – F – F – V

(D) F – F – V – V – F

(E) F – V – F – V – F



GABARITO: Letra B

Vejamos cada uma das afirmações propostas:

I – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada (VERDADEIRA).

A edição da Lei nº 11.340 no ano de 2006 provocou uma série de controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A natureza da ação penal do delito de lesões corporais leves praticado no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher foi, nesse cenário, objeto de discussões. Atualmente, a questão já se encontra bastante pacificada e o item avaliado traz redação que coincide com o seguinte enunciado de Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 542 do STJ: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada.

II – O art. 16 da Lei nº 11.340/06 prevê a necessidade de designação de audiência para aquelas hipóteses em que, tratando-se de crime que desafia ação penal pública condicionada à representação, a vítima queira se retratar da representação. Ainda de acordo com o referido dispositivo legal, a retratação só pode ocorrer até o oferecimento da denúncia (FALSA).

A primeira parte do item está correta. Caso a vítima pretenda retratar-se de representação oferecida para apuração e processamento de crime praticado no contexto da Lei nº 11.340/06, deverá ser ouvida em audiência especificamente designada para tal finalidade. O equívoco da questão está na demarcação de até que momento essa retratação pode ocorrer. Contrariamente ao que foi afirmado, a vítima pode retratar-se antes do RECEBIMENTO da denúncia e não do oferecimento da peça acusatória. Vejamos:

Art. 16 da Lei nº 11.340/06. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do **recebimento** da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Muita atenção! A regra acima explicitada se refere à retratação de representações relacionadas a crimes cometidos no contexto da Lei Maria da Penha. A regra geral é que a retratação possa se dar até o OFERECIMENTO da denúncia. É o que se depreende da leitura do art. 25 do CPP:

Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.



III – Com o advento da Lei nº 11.340/06, o crime de ameaça (art. 147 do CP), quando cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, passou a ser ação penal pública incondicionada (FALSA).

Contrariamente ao que ocorreu quanto ao crime de lesão corporal leve, o qual, a partir da Lei nº 11.340/06, passou a ser de ação penal pública incondicionada, o crime de ameaça não sofreu alteração pela Lei Maria da Penha, tratando-se de delito que só se processa mediante representação da ofendida, mesmo que cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Sobre o tema:

“É errado dizer que todos os crimes praticados contra a mulher, em sede de violência doméstica, serão de ação penal incondicionada. Continuam existindo crimes praticados contra a mulher (em violência doméstica) que são de ação penal condicionada, desde que a exigência de representação esteja prevista no Código Penal ou em outras leis, que não a Lei n.º 9.099/95. Assim, por exemplo, a ameaça praticada pelo marido contra a mulher continua sendo de ação pública condicionada porque tal exigência consta do parágrafo único do art. 147 do CP. O que a Súmula nº 542-STJ afirma é que o delito de LESÃO CORPORAL praticado com violência doméstica contra a mulher, é sempre de ação penal incondicionada porque o art. 88 da Lei n.º 9.099/95 não pode ser aplicado aos casos da Lei Maria da Penha”. (<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/10/sc3bamula-542-stj.pdf>).

IV – No atual cenário, ou seja, após as modificações introduzidas pela Lei nº 13.718/08, todos os crimes contra a dignidade sexual desafiam ação penal pública incondicionada. (VERDADEIRA).

Os crimes contra a dignidade sexual e a natureza da ação penal para seus processamentos foram temas de diversas reformas legislativas ao longo dos anos. Atualmente, a partir das alterações introduzidas pela Lei 13.718/18, é correto dizer que TODOS os crimes previsto no Título VI do Código Penal (Dos Crimes contra a Dignidade Sexual) são de ação penal pública incondicionada. É o que se depreende da redação atual do art. 225 do CP:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. (Redação dada pela Lei nº 13.718/2018).

Importante atentarmos ao seguinte esclarecimento feito em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/ola-amigos-do-dizer-o-direito-lei-n-13.html>:

O art. 225 do CP fala apenas nos Capítulos I e II do Título VI. E os crimes previstos nos demais Capítulos deste Título? Qual será a ação penal neste caso?



Também será ação pública incondicionada. Isso por força do art. 100 do CP (Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.).

Assim, repito: todos os crimes contra a dignidade sexual são de ação pública incondicionada.

Ainda quanto ao tema, o *site* Dizer o Direito traz o seguinte quadro evolutivo sobre o tema da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual:

AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS	
Redação originária do CP	Regra: ação penal privada. Exceções: a) se a vítima ou seus pais não tivessem dinheiro para o processo: ação pública condicionada à representação. b) se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador: ação pública incondicionada. c) se da violência resultasse lesão grave ou morte da vítima: ação pública incondicionada. d) se o crime de estupro fosse praticado mediante o emprego de violência real: ação pública incondicionada.
Redação da Lei 12.015/09	Regra: ação penal pública condicionada à representação. Exceções: a) Vítima menor de 18 anos: incondicionada. b) Vítima vulnerável: incondicionada. c) Se foi praticado mediante violência real: incondicionada (Súm. 608-STF).



	d) Se resultou lesão corporal grave ou morte: polêmica, mas prevalecia que deveria ser aplicado o mesmo raciocínio da Súmula 608-STF.
Redação da Lei 13.718/18 (quadro atual)	Ação pública incondicionada (sempre). Todos os crimes contra a dignidade sexual são de ação pública incondicionada. Não há exceções!

V – As modificações introduzidas pela Lei nº 13.718/08 quanto à classificação da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual possuem natureza processual e, por essa razão, aplicam-se de forma imediata, ainda que a ação penal já esteja em curso e independentemente da data em que o delito foi cometido (FALSA).

Importante estarmos atento aos temas de direito intertemporal, sobretudo no cenário atual, em que atravessamos diversas alterações legislativas nas searas penal e processual penal. Vejamos, novamente, comentários à Lei 13.718/18 feitos em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/ola-amigos-do-dizer-o-direito-lei-n-13.html>:

A Lei nº 13.718/2018 entrou em vigor na data de sua publicação (25/09/2018). Como se trata de lei penal mais gravosa (novatio legis in pejus), ela é irretroativa, não alcançando fatos praticados antes da sua vigência. Essa regra de irretroatividade vale, inclusive, para as ações penais. Assim, por exemplo, se, em 24/09/2018, o agente cometeu contra uma mulher maior de 18 anos um assédio sexual (art. 216-A do CP), a ação penal continua sendo pública condicionada à representação.

35. Assinale a alternativa **INCORRETA** quanto ao tratamento legal e jurisprudencial dos sujeitos processuais:

(A) O art. 268 do CPP prevê a possibilidade de habilitação do ofendido ou de seu representante legal como assistente de acusação no curso do processo, ficando excluída a possibilidade de habilitação durante a tramitação do Inquérito Policial.

(B) Na ausência do ofendido ou do seu representante legal, podem se habilitar como assistentes de acusação as pessoas listadas expressamente no art. 31 do CPP, dispositivo este que não contempla a figura do “companheiro”. Ante o silêncio



legislativo, o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência é que de o companheiro não poderia se habilitar como assistente do Ministério Público.

(C) A Defensoria Pública está autorizada a exercer função acusatória. Assim, nada impede que a instituição ajuíze queixa-crime no âmbito das ações penais privadas.

(D) Em matéria penal, o Ministério Público não goza da prerrogativa da contagem dos prazos recursais em dobro. Por outro lado, mesmo em matéria penal, são contados em dobro todos os prazos da Defensoria Pública.

(E) A intimação da Defensoria somente se aperfeiçoa com a remessa dos autos à instituição, ainda que o defensor público esteja presente na audiência na qual foi proferida a decisão.

GABARITO: letra B

Comentários

Letra A: a redação do art. 268 do CPP fala expressamente em “ação penal pública”. Assim, ao se referir ao termo “ação”, o legislador parece excluir a possibilidade de habilitação da vítima como assistente de acusação no curso das investigações. Essa é a posição dominante na doutrina e na jurisprudência pátrias.

LETRA B: a alternativa está equivocada, devendo, portanto, ser assinalada. A doutrina e jurisprudência entendem de forma pacífica que o companheiro está incluído no rol do art. 31 do CPP, cuja redação remonta à edição original do Código de Processo Penal (década de 40). Vê-se, assim, que a omissão da figura do companheiro pelo legislador antecede à Carta Constitucional de 1988, que, em seu art. 226, §3º, reconhece a União Estável como entidade familiar alvo de proteção do Estado. Conclui-se, em razão do exposto, que o dispositivo do CPP carece de releitura a partir da ordem constitucional inaugurada em 1988.

LETRA C: em provas para ingresso na Defensoria Pública, vocês verão que é comum que o examinador exija dos candidatos, mesmo em disciplinas não classificadas como “Direito Institucional”, conhecimento profundo sobre a lei de regência da carreira. No caso da presente alternativa, pretendia-se que o candidato demonstrasse conhecimento sobre tema afeto ao processo penal, mas que recebe tratamento específico da Lei Complementar 80/94. Vejamos:

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:



XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública

LETRA D: importante ter em mente que a Defensoria Pública possui a prerrogativa do prazo em dobro tanto no âmbito processual penal, quanto na seara processual civil. Observe⁴:

O MP E A DEFENSORIA PÚBLICA POSSUEM PRAZO EM DOBRO?	
Processo PENAL	Processo CIVIL
MP: NÃO Defensoria: SIM	MP e Defensoria: SIM

O prazo processual em dobro da Defensoria Pública encontra previsão expressa no rol de prerrogativas institucionais do art. 128 da LC 80/94:

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, **contando-se-lhes em dobro todos os prazos.**

A concessão de prazo em dobro à Defensoria Pública já teve sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu tratar-se de previsão salutar ao menos até que a instituição conte com estrutura e aparato equivalentes ao do Ministério Público. A norma concessiva de prazo em dobro à Defensoria Pública é apontada como exemplo de norma “ainda constitucional” ou sujeita a inconstitucionalidade progressiva, na medida em que o tratamento desigual à instituição deverá prevalecer, como forma de se alcançar a desejada paridade de armas, até que esteja equiparada estruturalmente ao Ministério Público. Observe o seguinte trecho do voto do Ministro Moreira Alves em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748463/habeas-corpus-hc-70514-rs>:

“A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

⁴ Quadro extraído de: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. MP não tem direito a prazo em dobro no processo penal. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/46936add066bd6422b3ac74a0ccb7174>>. Acesso em: 21/02/2020.



Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”.

LETRA E: a alternativa busca novamente testar os conhecimentos do candidato a respeito das prerrogativas institucionais aplicáveis ao processo penal. Estamos aqui diante de outra prerrogativa institucional prevista na Lei Complementar 80/94:

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

O tema retratado na alternativa já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos os comentários feitos ao julgado:

“A LC 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) prevê, como uma das prerrogativas dos Defensores Públicos, que eles devem receber intimação pessoal (arts. 44, I, 89, I e 128, I).

Se uma decisão ou sentença é proferida pelo juiz na própria audiência, estando o Defensor Público presente, pode-se dizer que ele foi intimado pessoalmente naquele ato ou será necessário ainda o envio dos autos à Defensoria para que a intimação se torne perfeita?

Para que a intimação pessoal do Defensor Público se concretize, será necessária ainda a remessa dos autos à Defensoria Pública.

A intimação da Defensoria Pública, a despeito da presença do defensor na audiência de leitura da sentença condenatória, somente se aperfeiçoa com sua intimação pessoal, mediante a remessa dos autos. Assim, a data da entrega dos autos na repartição administrativa da Defensoria Pública é o termo inicial da contagem do prazo para impugnação de decisão judicial pela instituição, independentemente de intimação do ato em audiência. STJ. 3ª Seção. HC 296759-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em



23/8/2017 (Info 611). STF. 2ª Turma. HC 125270/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 23/6/2015 (Info 791).⁵

36. Durante sua estadia na cidade de Osasco Dudu efetuou, dolosamente, um pagamento com um cheque sabidamente sem fundos para Júlio que tentou descontá-lo na cidade do Rio de Janeiro, local de recusa do pagamento. Na Cidade de Barretos, Vitor proferiu cinco disparos em Maria que foi levada para Ribeirão Preto para obter atendimento médico, local em que veio a óbito. Marcos efetuou 2 roubos de carro em Caçapava, em seguida, efetuou mais 4 furtos em Taubaté, por fim efetuou um latrocínio em São José dos Campos, houve conexão probatória entre as infrações. Observando os casos acima, a competência para julgar Dudu, Vitor e Marcos são as cidades de:

(A) Osasco; Ribeirão Preto; São José dos Campos.

(B) Osasco; Barretos; Taubaté

(C) Rio de Janeiro; Barretos; Caçapava

(D) Rio de Janeiro; Ribeirão Preto; Taubaté

(E) Rio de Janeiro; Barretos; São José dos Campos

Gabarito: Letra E

Essa questão trata de um tema muito comum em prova, mas que não tem mistério: a competência.

A regra geral está estabelecida no art. 70 do CPP.

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§ 1º. Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

⁵ Fonte: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A intimação da Defensoria somente se aperfeiçoa com a remessa dos autos mesmo que o Defensor esteja presente na audiência na qual foi proferida a decisão. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/510731ac096ebcb3989fb1ed5b7075bb>>. Acesso em: 21/02/2020.



§ 2º. Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

§ 3º. Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Assim, a regra geral é que a competência é estabelecida pelo lugar em que se consumou a infração. Cabe ainda salientar que esta regra não se confunde com a norma estabelecida no Código Penal (Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado), já que este artigo orienta a aplicação da lei penal no espaço, principalmente nos casos em que há mais de uma jurisdição.

ART. 6º DO CP	ART. 70, CAPUT, DO CPP
Adotou a teoria da ubiquidade (mista).	Adotou a teoria do resultado.
Lugar do crime é local em que... <ul style="list-style-type: none">• ocorreu a ação ou omissão (no todo ou em parte)• bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.	Lugar do crime é o local em que se consumou a infração, ou, no caso de tentativa, o lugar em que for praticado o último ato de execução.
Regra destinada a resolver a competência no caso de crimes envolvendo o território de dois ou mais países (conflito internacional de jurisdição).	Regra destinada a resolver crimes envolvendo o território de duas ou mais comarcas (ou seções judiciárias) apenas dentro do Brasil (conflito interno de competência territorial).
Define o se o Brasil será competente para julgar o fato no caso de crimes à distância.	Define qual o juízo competente no caso de crimes plurilocais.

Fonte: Dizer o Direito

Temos, no primeiro caso, um estelionato cometido mediante a provisão de cheque sem fundos. Com efeito, o estelionato é um crime material, ou seja, para que haja consumação é exigido um resultado. Nesta espécie de crime, o prejuízo ocorre no local da recusa do



pagamento de modo que a jurisprudência dos Tribunais Superiores orienta que é este o local para o julgamento do delito.

Sumula 521 do STF: O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

Competência territorial: local da consumação do delito

Finalmente, não é sem propósito recordar que, em face de problema similar, a jurisprudência assentada do Tribunal se manteve fiel à inequívoca adoção do local do resultado como parâmetro da competência territorial, sem embargo das razões de conveniência aventadas em contrário. De fato, da premissa, firmada pela Corte, de ser um crime material, e não de mera conduta, o tipo do art. 171, § 2º, VI, é que se extraiu a jurisprudência, documentada na Súm. 521, de ser competente para o processo, não o foro da emissão, mas o da consumação do delito, ou seja, o da recusa pelo sacado do pagamento do cheque (v.g., CJ 2.845, Ple., 5.4.65, Evandro Lins, RTJ33/108). [HC 69.088, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 3-12-1991, DJ de 12-6-1992.]

Súmula 244 do STJ: Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

No caso, o local da recusa foi a cidade do Rio de Janeiro, afastando, assim, a competência do juízo de Osasco.

É importante não confundir o exemplo acima com os casos de estelionato cometido mediante falsificação de cheque. Nestes casos, a competência é o da obtenção da vantagem ilícita, já que o cheque foi um mero instrumento para sua consecução.

Súmula 44 do STJ: Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Como dito acima, a regra geral é que a competência para o julgamento da infração será o local do resultado. No entanto, por uma questão de viabilizar a colheita de provas, excepcionalmente, no caso de crimes contra a vida (de competência do Tribunal do Júri), a competência será o local da atividade, e não onde ocorreu de fato o resultado, ou seja, a cidade de Barretos.

Esse é o entendimento do STJ e do STF:

(...) Nos termos do art. 70 do CPP, a competência para o processamento e julgamento da causa, será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumou a infração.



2. Todavia, a jurisprudência tem admitido exceções a essa regra, nas hipóteses em que o resultado morte ocorrer em lugar diverso daquele onde se iniciaram os atos executórios, determinando-se que a competência poderá ser do local onde os atos foram inicialmente praticados.

3. Tendo em vista a necessidade de se facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real, a competência pode ser fixada no local de início dos atos executórios. (...)

(HC 95.853/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/09/2012)

Guilherme de Souza Nucci explica a razão deste entendimento.

“(...) é justamente no local da ação que se encontram as melhores provas (testemunhas, perícia etc.), pouco interessando onde se dá a morte da vítima. Para efeito de condução de uma mais apurada fase probatória, não teria cabimento desprezar-se o foro do lugar onde a ação desenvolveu-se somente para acolher a teoria do resultado. Exemplo de ilogicidade seria o autor ter dado vários tiros ou produzido toda a série de atos executórios para ceifar a vida de alguém em determinada cidade, mas, unicamente pelo fato da vítima ter-se tratado em hospital de Comarca diversa, onde faleceu, deslocar-se o foro competente para esta última. As provas teriam que ser coletadas por precatória, o que empobreceria a formação do convencimento do juiz.” (Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 210).

E o que fazer no caso de infrações penais conexas?

Primeiramente cumpre salientar que a conexão não é modo de fixação da competência e sim uma forma de alterar a competência relativa em nome da economia processual e segurança jurídica. Há casos em que a reunião de processos é vedada, vejamos:

Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;

II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

Há também os casos em que o juiz pode impor a separação facultativa entre os processos para propiciar um melhor julgamento e andamento do feito.

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo



excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

E quando ocorre a conexão?

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

A doutrina classifica a conexão da seguinte forma:

1.1. Conexão intersubjetiva

É aquela que obrigatoriamente tem mais de um crime e mais de uma pessoa (inciso I, Artigo 76 do CPP), ou seja, quando houver vários agentes e multiplicidade de crimes.

A Conexão Intersubjetiva subdivide-se em:

- Intersubjetiva por simultaneidade;
- Intersubjetiva por concurso;
- Intersubjetiva por reciprocidade.

1.1.1. Conexão intersubjetiva por simultaneidade

É aquela que ocorre vários crimes simultaneamente, ou seja, duas ou mais infrações penais cometidas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem ajuste prévio, sem uma saber da outra. Também chamada pela doutrina de conexão intersubjetiva ocasional.

Exemplo 01: furto por várias pessoas ao caminhão tombado de Cerveja.

1.1.2. Conexão intersubjetiva por concurso

É aquela que várias pessoas cometem vários crimes, havendo vínculo subjetivo sobre elas, ainda que os crimes sejam praticados em locais diversos.



Exemplo: Uma associação criminosa praticando um roubo a uma agência bancária.

1.1.3. Conexão intersubjetiva por reciprocidade

É aquela que o processo é único, mais as partes são vítimas e réus ao mesmo tempo, ou seja, duas ou mais infrações penais cometidas por duas ou mais pessoas, umas contra as outras em contrapartida.

Exemplo: briga entre torcidas.

1.2. Conexão objetiva, lógica ou material

Ocorre quando um crime é praticado para garantir a impunidade, facilitação ou assegurar outro, ou seja, quando o crime é praticado para facilitar a execução de outro, ocultar-lhe ou garantir a manutenção da sua vantagem, neste caso recomenda-se que o processo seja único (inciso II, Artigo 76 do CPP).

Exemplo: fuga com tiroteio.

A Conexão Objetiva subdivide-se em:

- Teleológica;
- Consequencial ou sequencial.

1.2.1. Conexão objetiva teleológica

Nada mais é do que aquela na qual o agente pratica um crime visando à prática de um segundo.

Exemplo: matar o segurança para seqüestrar o seu patrão.

1.2.2. Conexão objetiva consequencial ou sequencial

Pode ser vista como aquela na qual o agente de um primeiro crime pratica um segundo crime como forma de assegurar a vantagem antes obtida.

Exemplo: Ocultar o cadáver para que o homicídio não seja descoberto.

1.3. Conexão instrumental, probatória ou processual

Refere-se à existência de dois ou mais crimes, sendo que um destes, para que exista, necessariamente dependerá da prova da existência do outro. Quando a prova de um crime influi em outro. (inciso III, Artigo 76 do CPP).



Exemplo 01: para que alguém seja condenado pelo crime de receptação, necessariamente, dever-se-á realizar a prova da existência do crime anterior. Por isso, muitos chamam o crime de receptação de crime parasitário ou acessório.

Exemplo 02: Ocorre quando a prova de um crime interfere na prova de outro crime, por exemplo, o agente furta o automóvel em um município e este mesmo veículo é entregue em outro município, configurando o crime de receptação, assim neste caso temos dois crimes e que também serão reunidos em um único processo.

Há casos em que os crimes conexos ocorrem em comarcas diferentes. Neste caso onde ocorrerá a união de processo? O art. 78 do CPP nos fornece a resposta.

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade

c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

No caso em tela, os crimes foram praticados em uma jurisdição de mesma categoria. No entanto, o crime de latrocínio é o que possui a pena mais grave de modo que a comarca de São José dos Campos terá competência para julgar todos os crimes praticados por Marcos.

37. Sobre o procedimento de competência do Tribunal do Júri marque a alternativa incorreta:

(A) São princípios constitucionais aplicados ao Tribunal do Júri: Plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos; a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.



(B) Tanto o Defensor Público quanto os servidores da Defensoria Pública são isentos do serviço do Júri.

(C) O latrocínio é um crime julgado pelo Tribunal do Júri, pois viola o bem jurídico vida.

(D) O art. 155 do Código de Processo Penal também se aplica à decisão de pronúncia, ou seja, o juiz, para pronunciar o acusado, deve basear a sua decisão nas provas produzidas em contraditório judicial sob o crivo da plenitude de defesa, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos no inquérito policial e não repetidos em júízo.

(E) Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Gabarito: Letra C

Letra a: correta

De acordo com o art. 5ª, XXXVIII, da CF:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Letra b: correta

Art. 437. Estão isentos do serviço do júri:

I – o Presidente da República e os Ministros de Estado;

II – os Governadores e seus respectivos Secretários;

III – os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;

IV – os Prefeitos Municipais;



- V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública;
- VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;
- VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública;
- VIII – os militares em serviço ativo;
- IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa;
- X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento

Letra C: errado. Apesar do crime de latrocínio atingir vários bens jurídicos (vida e patrimônio), é considerado um crime patrimonial. Por isso, de acordo com os Tribunais Superiores seu julgamento ocorrerá no juiz singular.

Súmula 603 do STF: A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri.

Letra d: correta. Esta é a redação da Tese Institucional 113 da Defensoria Pública de São Paulo. Com efeito, o procedimento do Tribunal do Júri é bifásico, ou seja, há um juízo preliminar da acusação feito por um juiz togado. Caso este juiz afira que há materialidade e indícios de autoria irá proferir uma decisão de pronúncia e o processo será remetido para o julgamento pelos jurados que poderão condenar ou absolver o réu. Desta forma, para que haja a decisão de pronúncia é necessário que haja lastro probatório colhido em juízo sob pena de até mesmo tornar inócuo a primeira parte do procedimento bifásico do Tribunal do Júri. Por isso, elementos colhidos no inquérito não podem fundamentar a decisão de pronúncia.

Letra e: correta. A finalidade deste artigo é permitir o contraditório através da ciência pela outra parte dos elementos acostados nos autos. Art. 479 do CPP: Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

38. Sobre as prisões e as medidas cautelares pessoais e reais assinale a alternativa incorreta

- (A) Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.
- (B) Não será possível o seqüestro de bens móveis;



(C) A medida cautelar de seqüestro de bens só será possível nos casos em que não é cabível a busca apreensão.

(D) Apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança nos casos de crime de descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência no caso da lei Maria da Penha.

(E) A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Gabarito: letra B

Letra a, b e c: Letra a e c corretas e Letra b incorreta.

O sequestro de bens é uma medida cautelar real que poderá ser requerida tanto na fase investigatória como na fase processual. Esta medida é cabível para resguardar os bens advindos de proveitos ilícitos.

É possível tanto em face de bens imóveis quanto móveis, motivo pelo qual a alternativa B está incorreta.

Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Art. 132. Proceder-se-á ao seqüestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro.

Cumpram ainda ressaltar que a medida de sequestro só poderá ser pleiteada no caso em que não for possível a busca e apreensão. Esta última é a medida correta para os casos em que se busca o próprio instrumento do crime.

Letra d: Correta. A fiança é uma espécie de medida cautelar alternativa a prisão (art. 319, VIII do CPP). Excetuando os crimes inafiançáveis, a fiança pode ser concedida pela autoridade judicial e pela autoridade policial (neste caso somente para as infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos)

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.



A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) prevê e seu artigo 24-A um único crime, qual seja, o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência fixada pela autoridade judicial.

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

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

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

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

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

Como visto acima, este crime possui pena máxima de 2 anos de detenção, no entanto o artigo supracitado veda que a autoridade policial conceda a fiança, autorizando apenas a concessão judicial da cautelar, motivo pelo qual a alternativa está correta.

Letra e: Correta. Este parágrafo foi incluído pela Lei 13.964/19 aumentando, assim, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º. A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

39. Acerca das provas no processo penal, marque a alternativa correta:

(A) De acordo com o STJ, é lícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima;



(B) De acordo com o STJ, é lícita a prova obtida em revista pessoal feita por agentes de segurança particular;

(C) Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte;

(D) O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível poderá proferir a sentença ou acórdão.

(E) De acordo com o STJ, é cabível apelação contra decisão que indefere a produção antecipada de prova prevista no art. 366 do CPP;

Gabarito: letra C.

Letra a: incorreta. É ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima;

É ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima. Caso concreto: a diretora da unidade prisional recebeu uma ligação anônima dizendo que Rafaela, que iria visitar seu marido João, tentaria entrar no presídio com droga. Diante disso, a diretora ordenou que a agente penitenciária fizesse uma revista minuciosa em Rafaela. Na revista íntima efetuada, a agente penitenciária encontrou droga escondida na vagina da visitante. Rafaela confessou que estava levando a droga para seu marido. A prova colhida é ilícita. STJ. 6ª Turma. REsp 1695349-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 08/10/2019 (Info 659) – fonte Dizer o Direito

Letra b: incorreta. É ilícita a prova obtida em revista pessoal feita por agentes de segurança particular.

Caso concreto: o homem passava pela catraca de uma das estações da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), com uma mochila nas costas, quando foi abordado por dois agentes de segurança privados da empresa. Os seguranças acreditavam que se tratava de vendedor ambulante e fizeram uma revista, tendo encontrado dois tabletes de maconha na mochila do passageiro. O homem foi condenado pelo TJ/SP por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006). O STJ, contudo, entendeu que a prova usada na condenação foi ilícita considerando que obtida mediante revista pessoal ilegal feita pelos agentes da CPTM. Segundo a CF/88 e o CPP, somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a



realizarem a busca domiciliar ou pessoal. Diante disso, a 5ª Turma do STJ concedeu habeas corpus para absolver e mandar soltar um homem acusado de tráfico de drogas e condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com base em prova recolhida em revista pessoal feita por agentes de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM). STJ. 5ª Turma. HC 470.937/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 04/06/2019.- Fonte Dizer o Direito

Letra c: correta. Esse é o conteúdo do novo art. 158-A do CPP, conceito doutrinário internalizado pela Lei 13.964/19;

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Letra d: incorreta. Essa é a redação do art. 158 § 5º do CPP, também incluído pela Lei 13.964/19, prestigiando, assim, a imparcialidade do magistrado. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Letra e: incorreta. É cabível RESE contra decisão que indefere a produção antecipada de prova prevista no art. 366 do CPP.

É cabível recurso em sentido estrito para impugnar decisão que indefere produção antecipada de prova, nas hipóteses do art. 366 do CPP. As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito estão previstas no art. 581 do CPP, sendo esse um rol taxativo (exaustivo). No entanto, apesar disso, é admitida a interpretação extensiva dessas hipóteses legais de cabimento. Se você observar as situações ali elencadas, verá que não existe a previsão de recurso em sentido estrito contra a decisão que indefere o pedido de produção antecipada de provas. Apesar disso, será possível a interposição de RESE contra essa decisão com base no inciso XVI do art. 581: “Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;” A decisão que indefere a produção antecipada de provas com base no art. 366 deve ser encarada, para fins de recurso, como sendo uma decisão que “ordena a suspensão do processo” e, além disso, determina se haverá ou não a produção das provas. Logo, enquadra-se no inciso XVI do art. 581 do CPP. STJ. 3ª Seção. EREsp 1630121-RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/11/2018 (Info 640). – Fonte Dizer o Direito.

40. Sobre os princípios processuais penais e aplicação da lei processual penal, assinale a alternativa incorreta:



- (A) A lei processual penal será aplicada desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.
- (B) A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.
- (C) A Constituição Federal de 1988 assegura de forma explícita o princípio do duplo grau de jurisdição;
- (D) É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.
- (E) O princípio da publicidade no processo penal comporta exceções.

Gabarito: letra C.

Letra a: correta. Essa é a redação do art. 2 do CPP:

Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Letra b: correta. Essa é a redação do art. 3 do CPP:

Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Letra c: incorreta. O princípio do duplo grau de jurisdição não está previsto expressamente na Constituição Federal. Todavia, a doutrina majoritária sustenta que se trata de um princípio implícito, já que é possível extraí-lo da estrutura recursal presente no sistema.

Por fim, este é um princípio explícito no pacto de São José da Costa Rica, norma com natureza supralegal.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.



2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Letra d: correta. Essa é a redação da Súmula 708 do STF. Com efeito, a súmula prestigia o princípio da ampla defesa que é composto pela autodefesa e pela defesa técnica. Enquanto a primeira acepção poderá ser renunciada (por exemplo: réu que exerce o seu direito ao silêncio), a segunda não poderá ser. Assim, na falta de defesa técnica o réu deverá ser intimado para constituir novo causídico (advogado) e, só no caso de omissão, é que se intimará a Defensoria Pública.

Súmula 708 do STF: É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

Apesar da expressa renúncia do mandatário e de seu pedido para intimação do paciente para constituir novo defensor, tais fatos não foram percebidos pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que realizou o julgamento do recurso de apelação sem que o ora paciente tivesse defensor constituído, sequer sendo designado defensor dativo para representá-lo, o que evidencia flagrante ofensa aos



princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que o réu deve ser cientificado da renúncia do mandato pelo advogado para que constitua outro, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa. Tal entendimento restou sedimentado no enunciado da Súmula 708 do Supremo Tribunal Federal, verbis: (...). [HC 94.282, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 3-3-2009, DJE 75 24-4-2009.]

Letra e: correta. A regra geral é que o processo penal é público, entretanto o art. 5, LX, da Constituição Federal admite exceções, quais sejam:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Direito Civil e Empresarial

41. Sobre a boa-fé no Direito Civil, é possível afirmar que:

- (A) Segundo a doutrina majoritária, o Código Civil de 2002, diversamente do Código Civil de 1916, privilegiou a boa-fé subjetiva, a qual é baseada na conduta proba e leal dos indivíduos, independentemente do elemento anímico do agente.
- (B) A doutrina reconhece, notadamente, três funções à boa-fé objetiva: a interpretativa, a de controle e a integrativa, estando as mesmas positivas nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.
- (C) Uma das figuras parcelares da boa-fé é a surrectio, consistente na perda de um direito por um indivíduo em razão da proteção à legítima expectativa criada na parte contrária por força do não exercício desse direito durante certo lapso temporal.
- (D) As figuras da surrectio e do adimplemento substancial, derivadas da boa-fé objetiva, são aplicáveis às obrigações alimentares, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
- (E) A função de controle da boa-fé, prevista no art.187 do Código Civil, exige que o ato de abuso do direito sancionado seja doloso, não se admitindo a responsabilização objetiva na espécie.

Gabarito: Letra B



Meus caros, bom dia/boa tarde/boa noite a todxs!

Meu nome é Yago e gostaria de me colocar à disposição de vocês para ajudar no que for possível nessa caminhada até a Defensoria Pública! Para entrar em contato basta enviar um e-mail para yago_wcft@hotmail.com, ok? Como o tempo é curto para todos nós, vamos aos comentários da questão!

A adoção da boa-fé objetiva como paradigma para a análise das condutas dos indivíduos foi uma das grandes inovações do CC/02, derivando diretamente do vetor da eticidade erigido por Miguel Reale como uma das bases fundantes da nova codificação.

Feitas tais breves considerações, vamos às alternativas propostas:

a) Segundo a doutrina majoritária, o Código Civil de 2002, diversamente do Código Civil de 1916, privilegiou a boa-fé subjetiva, a qual é baseada na conduta proba e leal dos indivíduos, independentemente do elemento anímico do agente.

O Código Civil de 2002, atento ao direito comparado, afastou a perquirição do elemento subjetivo para a análise da presença da boa-fé. Em outras palavras, o CC/02, diversamente do CC/16, objetivou a análise da boa-fé, retirando a necessidade de prova do elemento subjetivo que moveu o agente, o que, no diploma anterior, tornava praticamente impossível a responsabilização por atos ímprobos, já que a prova da má-fé é extremamente difícil.

Nessa toada, a doutrina é pacífica quanto à dispensa de análise do elemento subjetivo para a caracterização da má-fé, afastando a boa-fé subjetiva – que, contudo, ainda é relevante para determinadas hipóteses, como na usucapião ordinária (art.1.242 do CC) – e elegendo como regra a boa-fé objetiva. Assim, a alternativa está errada.

b) A doutrina reconhece, notadamente, três funções à boa-fé objetiva: a interpretativa, a de controle e a integrativa, estando as mesmas positivas nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.

Sobre as funções da boa-fé objetiva, Fábio Schwartz afirma que:

“(...) a doutrina aponta funções básicas desempenhadas pela boa-fé objetiva, a saber:

a) Função Interpretativa: tal função é dirigida ao julgador, servindo como norte, orientação, e até mesmo fundamento para se buscar a integração do negócio jurídico, através do preenchimento de lacunas, visando sempre fazer justiça no caso concreto. O juiz também deve buscar a interpretação das cláusulas contratuais de maneira a desconsiderar eventual malícia, contradição ou dubiedades, que possam favorecer indevidamente uma das partes em detrimento do parceiro contratual.



b) Função criadora de deveres jurídicos (ou integrativa): aqui, o objeto de irradiação do princípio da boa-fé objetiva são as próprias partes e não o julgador. A função integrativa cuida por criar deveres anexos (ou laterais) que se dirigem aos contratantes – seja na fase da oferta, seja na execução ou até mesmo na fase pós-contratual de forma que as legítimas expectativas, criadas com a avença contratual, resem devidamente atendidas. Trata-se da imposição de adoção dos comportamentos éticos acima referidos, atinentes ao dever de informação, cooperação e cuidado. Assim, mesmo que o contrato nada disponha, as partes estão obrigadas a observar deveres que vão além da obrigação principal (....).

c) Função limitadora do exercício dos direitos subjetivos (ou de controle): a vontade das partes, a partir da positivação da boa-fé objetiva, não se apresenta mais de forma absoluta. Se a vontade das partes, manifestada em um determinado contrato de consumo, não se encontrar conformada aos parâmetros éticos da boa-fé objetiva, teremos o exercício abusivo de um direito, o qual deverá ser coibido e considerado, inclusive, ato ilícito”. (Manual de Direito do Consumidor – pág.79)

Ademais, as referidas funções, de fato, estão previstas nos arts.113, 187 e 422 do Código Civil, de forma que a alternativa está correta.

c) Uma das figuras parcelares da boa-fé é a *surrectio*, consistente na perda de um direito por um indivíduo em razão da proteção à legítima expectativa criada na parte contrária por força do não exercício desse direito durante certo lapso temporal.

Um dos desdobramentos da adoção da boa-fé objetiva pelo ordenamento pátrio é a possibilidade de aplicação das figuras parcelares da boa-fé, dentre as quais ora se destacam a *supressio* e a *surrectio*.

Segundo Flávio Tartuce:

“A *supressio* (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. Repise-se que o seu sentido pode ser notado pela leitura do art.330 do CC, que o adota o conceito, eis que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.

(....)

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um



direito diante de práticas, usos e costumes. Ambos os conceitos podem ser retirados do art.330 do CC/2002, constituindo duas faces da mesma moeda, confirma afirma José Fernando Simão”. (Manual de Direito Civil – pág.631)

Feitos tais esclarecimentos, percebe-se que a afirmativa inverteu as figuras, mencionando a surrectio e apresentando o conceito da supressio, razão pela qual está errada.

d) As figuras da surrectio e do adimplemento substancial, derivadas da boa-fé objetiva, são aplicáveis às obrigações alimentares, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Outra importante figura decorrente da boa-fé objetiva é o adimplemento substancial (substancial performance), consistente na

“(....) possibilidade de rejeição judicial da resolução do acordo contratual quando o inadimplemento é insignificante, se comparado às parcelas contratuais regularmente cumpridas no âmbito global do contrato”. (SWCHARTZ, Fábio. Idem, pág.99)

Em outras palavras, é possível que o devedor deixe de adimplir por completo a obrigação contraída junto ao credor em fração mínima, de modo que a resolução do contrato por este mostrar-se-ia abusiva em razão da desproporcionalidade. Assim, com base na função de controle da boa-fé (art.187 do CC), é considerada ilícita a resolução da avença pelo credor nesse caso, ressalvado o seu direito de perseguir a satisfação do débito.

Sobre a aplicação da surrectio e do adimplemento substancial às obrigações alimentares, o STJ, em análise de casos concretos específicos, decidiu recentemente pela impossibilidade .

Segundo a Corte Superior, a obrigação alimentar ostenta características únicas que impedem a aplicação dessas figuras à mesma, haja vista seu caráter humanitário, presumindo-se a essencialidade dos alimentos (o que afasta o adimplemento substancial). Ademais, o pagamento de alimentos por longo período de tempo, mesmo após cessada a obrigação judicial, caracteriza mera liberalidade, não se podendo presumir o surgimento de um direito do alimentando à manutenção do pensionamento por tempo indeterminado. Veja-se:

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. DÉBITO ALIMENTAR INCONTROVERSO. SÚMULA N. 309/STJ. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. IRRELEVÂNCIA DO DÉBITO. EXAME NA VIA ESTREITA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE.



1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar.
2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes.
3. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5.478/1968, art. 15; CC/2002, art. 1.699).
4. A ação de Habeas Corpus não é a seara adequada para aferir a relevância do débito alimentar parcialmente adimplido, o que só pode ser realizado a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, procedimentos incompatíveis com a via estreita do remédio constitucional.
5. Ordem denegada.

(HC 439.973/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 04/09/2018)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TÍTULO EXECUTIVO. AUSÊNCIA. COISA JULGADA MATERIAL. OBSERVÂNCIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. TEORIA DO ABUSO DE DIREITO. SURRECTIO. INAPLICABILIDADE. PAGAMENTO. AUTONOMIA PRIVADA. MERA LIBERALIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Controvérsia acerca da possibilidade ou não de, com fundamento na teoria do abuso do direito e na surrectio, perpetuar obrigação alimentar assumida por longo período a título de mera liberalidade pelo alimentante já exonerado da dívida.
3. Não há falar em ilicitude na conduta do recorrente por inexistência de previsibilidade de pagamento eterno dos alimentos, especialmente porque ausente relação obrigacional.
4. É cediço que a execução desamparada em título judicial ou extrajudicial é nula.



5. Na hipótese, inviável a manutenção do dever alimentar em virtude do decurso do prazo fixado em acordo homologado em juízo e pela existência de coisa julgada refutando a dívida.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1789667/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019)

Alternativa errada, portanto.

e) A função de controle da boa-fé, prevista no art.187 do Código Civil, exige que o ato de abuso do direito sancionado seja doloso, não se admitindo a responsabilização objetiva na espécie.

Diversamente do afirmado na alternativa, a responsabilização pela prática de abuso de direito é objetiva, ou seja, independe da demonstração de culpa lato sensu (culpa stricto sensu ou dolo) por parte do agente. Nesse sentido, Tartuce ensina que:

“(....) Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n.37 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art.187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico”. (Idem, pág.626)

Assim, a alternativa está errada.

42. João casou-se com Fernanda em 2005, advindo dois filhos da união. Em 2015, o casal passou a ter sérios desentendimentos, o que levou João a deixar o imóvel e passar a viver sozinho em outro local, sem prejuízo de pagar, voluntariamente, pensão alimentícia aos filhos em comum. Em 2018, João, contando com 71 anos de idade, e Paula se apaixonaram e decidiram viver conjuntamente, apresentando-se perante a sociedade como casados e vindo a ter um filho. Diante desse cenário, pode-se afirmar:

(A) Paula poderá ajuizar ação de divórcio em face de João caso deseje a dissolução do casamento, porém não poderá ajuizar ação de separação, uma vez que esta foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro pela EC 66/10.

(B) Com a constituição de nova família por João, cessa a obrigação alimentar em relação aos filhos oriundos da relação anterior junto a Fernanda independentemente de pronunciamento judicial.



(C) Apesar de João e Paula apresentarem-se perante a sociedade como casados e possuírem um filho em comum, não há que se falar em constituição de união estável, pois João ainda se encontra casado com Fernanda, sendo vedada a bigamia no Código Civil.

(D) João e Paula vivem em união estável, eis que caracterizado o intuito de constituir família e inexistente qualquer impedimento legal. Contudo, o fato de João ser septuagenário impõe o regime de separação obrigatória de bens à união estável entre João e Fernanda.

(E) Diante do abandono do domicílio conjugal por João por mais de dois anos, Fernanda poderá pleitear a usucapião familiar da meação de João.

Gabarito: Letra D

O direito das famílias possui inegável destaque no programa de atuação da Defensoria Pública, sendo, sem sombra de dúvida, um dos temas que mais ensejam a atuação da Instituição. Cientes desse destaque especial da matéria, vamos às alternativas:

a) Paula poderá ajuizar ação de divórcio em face de João caso deseje a dissolução do casamento, porém não poderá ajuizar ação de separação, uma vez que esta foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro pela EC 66/10.

A EC 66/10, conhecida como “Emenda do Divórcio”, alterou o §6º do art.226 da CRFB para abolir a exigência de separação por lapso temporal prévio para o divórcio do casamento. Com a inovação constitucional, a doutrina majoritária passou a sustentar que o instituto da separação teria sido extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, de forma que o casal que desejasse romper o matrimônio deveria obrigatoriamente se valer do divórcio. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

“Sem dúvidas, não faz mais sentido (prático ou jurídico) manter a (obsoleta) separação, que não consegue terminar o que se propõe a fazer. Até porque a ratio essendi da separação sempre foi a posterior conversão em divórcio. Ora, se a Emenda Constitucional multicitada eliminou a figura do divórcio obtido por conversão, mantendo, tão só, um divórcio direto, independentemente de qualquer prazo ou causa, cessa, por conseguinte, a utilidade prática do instituto da separação.

Pensar de modo contrário atenta contra a mens legis da Emenda Constitucional 66/10, conferindo sobrevida a um instituto jurídico (separação) esvaziado de funcionalidade, na medida em que não mais poderá conduzir à conversão em divórcio. Ou seja, a separação se revela inócua juridicamente e, além disso, os efeitos que são pretendidos por meio dela



podem ser, comodamente, obtidos através da separação de fato”. (Curso de Direito Civil – Famílias – pág.395)

Não obstante, o CPC/15 manteve a previsão de um procedimento especial para a separação (art.731 e seguintes) e o STJ já se manifestou pela manutenção da separação no ordenamento brasileiro, conforme se pode verificar pelo seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA.

1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1247098/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 16/05/2017)

Assim, Fernanda pode tanto requerer o divórcio, o qual independe do motivo do término da sociedade conjugal e de qualquer lapso temporal, quanto a separação, de modo que a alternativa está errada.

b) Com a constituição de nova família por João, cessa a obrigação alimentar em relação aos filhos oriundos da relação anterior junto a Fernanda independentemente de pronunciamento judicial.

A obrigação alimentar familiar vem prevista no art.1.694 do CC, decorrendo, no caso dos pais em relação aos filhos, do dever de sustento inerente ao poder familiar (art.1.630 do CC).

Diversamente do afirmado na assertiva, a constituição de nova família pelo alimentante (João) não enseja a cessação da obrigação alimentar em relação aos filhos oriundos de sua relação anterior. Deveras, tanto a CRFB (art.227, §6º) quanto o CC/02 (art.1.596) vedam o tratamento diferenciado entre os filhos, de sorte que João deve colaborar para o sustento de sua prole independentemente de quem seja a genitora dos mesmos. Assim, a constituição de nova entidade familiar é insuficiente, por si só, para autorizar a exoneração da obrigação alimentícia.



Contudo, é possível que a constituição de nova entidade familiar enseje a revisão da obrigação alimentícia, alterando-se o valor do pensionamento prestado pelo alimentante, se provada a alteração das condições econômicas daquele que deve alimentos. Nesse sentido:

CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AÇÃO REVISIONAL E EXONERATÓRIA DE ALIMENTOS. AFIRMADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A PENSÃO DEVIDA AOS FILHOS É EXCESSIVA E QUE HOUVE MUDANÇA NA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. REVISÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. EXONERATÓRIA. PROCEDÊNCIA. EX-CÔNJUGE. CAPACIDADE LABORATIVA E APTIDÃO PARA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. RECURSO ESPECIAL

(...)

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, o fato de o devedor dos alimentos ter constituído nova família, por si, não implica revisão dos alimentos prestados aos filhos da união anterior, sobretudo se não ficar comprovada a mudança negativa na sua capacidade financeira. Precedentes.

(...)

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1496948/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015)

Para além, a pensão alimentícia determinada em pronunciamento judicial exige igual pronunciamento judicial para sua exoneração.

Assim, a alternativa está errada.

c) Apesar de João e Paula apresentarem-se perante a sociedade como casados e possuírem um filho em comum, não há que se falar em constituição de união estável, pois João ainda se encontra casado com Fernanda, sendo vedada a bigamia no Código Civil.

Com efeito, o CC/02 veda expressamente o casamento a quem já é casado (art.1.521, VI), o que, inclusive, é punido criminalmente (art.235 do Código Penal). Entretanto, a separação de fato encerra a sociedade conjugal, afastando os deveres recíprocos impostos pelo matrimônio (entre os quais se destaca a fidelidade – art.1.566, I, do CC), de modo que o cônjuge separado de fato fica livre para constituir união estável, conforme prevê expressamente o art.1.723, §1º, do diploma civil.



Por conseguinte, João, ao se separar de fato de Fernanda, pode sim constituir união estável com Paula, desde que presentes os requisitos para tanto.

Alternativa errada, portanto.

d) João e Paula vivem em união estável, eis que caracterizado o intuito de constituir família e inexistente qualquer impedimento legal. Contudo, o fato de João ser septuagenário impõe o regime de separação obrigatória de bens à união estável formada com Paula.

Inicialmente, deve-se reconhecer a caracterização da união estável entre João e Paula. Isto porque o principal elemento necessário para a configuração da união estável é, sem dúvidas, o subjetivo, consistente no intuito de constituir família, conforme mencionado na assertiva. Outrossim, João e Paula passaram a residir conjuntamente de forma estável, apresentarem-se perante a sociedade como casados e deram origem a um filho, perfazendo, portanto, o requisito da convivência pública, contínua e duradoura, previsto no art.1.723 do CC.

Lado outro, no que pese a existência de doutrina apregoando a inaplicabilidade do regime de bens de separação obrigatória à união estável, é pacífico o entendimento do STJ pela incidência do art.1.641 do CC/02 a tais uniões. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 1.641, II, DO CC/2002. APLICAÇÃO. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com a redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, vigente à época do início da união estável, impõe-se ao nubente ou companheiro sexagenário o regime de separação obrigatória de bens. 2. "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição" (REsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO -, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe de 30/05/2018, g.n.).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1637695/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 24/10/2019)



Assim, considerando que João contava com mais de 70 anos ao tempo da constituição da união estável junto a Paula, há de se aplicar o regime da separação obrigatória de bens na forma do art.1.641, II, do CC, consoante entendimento do STJ.

Dessarte, a alternativa se encontra correta.

e) Diante do abandono do domicílio conjugal por João por mais de dois anos, Fernanda poderá pleitear a usucapião familiar da meação de João.

A usucapião familiar está prevista no art.1.240-A do CC/02, destinando-se a sancionar o cônjuge que abandonou o lar. Logo, o principal elemento necessário para a configuração dessa espécie de usucapião é o abandono do lar, o qual “deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável” (enunciado 595 do CJF).

No caso em tela, João, de fato, deixou o imóvel conjugal quando da separação de fato. Contudo, não se pode falar em abandono do lar, uma vez que João continuou contribuindo com as despesas do núcleo familiar através do pensionamento dos filhos, havendo tão somente uma separação de fato em razão do término da união.

Assim, a alternativa está errada.

43. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

(A) A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

(B) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada.

(C) É abusiva a cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.

(D) É abusiva a cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de



entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.

(E) Nos contratos bancários em geral, o consumidor pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

Gabarito: Letra E

Os contratos bancários são um tema extremamente relevante para a atuação prática da Defensoria Pública e para a preparação para os concursos públicos. A matéria é alvo de farta jurisprudência, em especial do STJ, devendo-se atentar para a memorização e compreensão de tais entendimentos, já que muitos deles foram fixados em sede de recurso repetitivo ou súmulas, ganhando destaque, portanto, em razão do sistema de precedentes instituído pelo CPC/15.

Na análise das assertivas propostas, peço vênha a vocês para remeter aos comentários do Dizer o Direito, os quais são extremamente completos e insuperáveis. Vamos lá:

a) A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Cuida-se de reprodução do enunciado 541 da súmula do STJ, cujos comentários podem ser acessados aqui: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/06/sc3bamula-541-stj.pdf>

Alternativa correta, portanto.

b) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada.

Aqui temos outro verbete do STJ, dessa vez o 539, cujos comentários são encontrados aqui: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/06/sc3bamula-539-stj.pdf>

Logo, alternativa correta.

c) É abusiva a cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.



d) É abusiva a cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.

e) Nos contratos bancários em geral, o consumidor pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

As últimas três assertivas (“c”, “d” e “e”) se referem a uma série de entendimentos sobre tarifas bancárias firmados pelo STJ no informativo 639. Assim, peço a vocês que leiam o informativo 639 comentado das páginas 08 a 17 (o referido informativo pode ser encontrado aqui: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2019/02/info-639-stj-1.pdf>).

Para além, as assertivas c e d estão corretas, eis que mera reprodução de teses fixadas pelo STJ no referido recurso repetitivo, ao passo que a alternativa “e” está errada, uma vez que o STJ entendeu que o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

44. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

A respeito dos direitos da personalidade, considere:

I – O art. 13, do Código Civil dispõe que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, razão pela qual está proibida a realização de cirurgia de transgenitalização, vez que esta cirurgia importa em uma redução permanente da integridade física com a retirada do órgão sexual e viola os bons costumes.

II – Desde que observado o limite temporal de um ano após a maioridade, poderá a pessoa plenamente capaz requerer administrativamente a alteração de seu prenome, dispensada, neste caso, autorização judicial,

III – Desde que gratuita e realizada por pessoa capaz, é lícita a doação de tecidos, de órgãos e de partes do corpo vivo para transplante em qualquer pessoa, desde que mediante autorização judicial, ressalvado se o beneficiário for cônjuge ou qualquer parente consanguíneo até o quarto grau, quando, então, basta autorização, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, indicando especificamente o objeto de retirada, prescindindo de intervenção judicial,



IV – A vida privada da pessoa natural é inviolável. Logo, a exposição da vida do homem público, ainda que se trate de notícia verdadeira e útil vinculada a seu papel social, representa violação do direito à privacidade, na medida em que os direitos da personalidade são irrenunciáveis.

V - A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico, desde que a identidade de gênero autopercebida seja atestada por certificação médica ou psicológica, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

- (A) II e V estão corretas.
- (B) III está correta.
- (C) I, II e III estão corretas.
- (D) II, III estão corretas.
- (E) II, III e V estão corretas.

Gabarito: letra D.

Olá, pessoal, meu nome é Bruna Duque Estrada, aprovada no VIII Concurso da DPSP e, desde já, quero me colocar à disposição para ajuda-los no que precisarem. Meu e-mail é bruna-duque@hotmail.com, podem mandar comentários, dúvidas que eu vou tentar ao máximo ajuda-los nessa caminhada de concurso. Vamos começar:

Nesta questão de civil nós vamos tratar dos direitos da personalidade, tema recorrente em questões de concurso em razão da quantidade de julgados dos tribunais superiores sobre o tema.

Os direitos da personalidade são uma construção jurídica relativamente recente, fruto do cuidado da doutrina germânica e francesa especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Após a Segunda Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso, pois, assegurar uma tutela fundamental elementar em favor da personalidade humana.



Os direitos da personalidade são o conjunto de caracteres e atributos da pessoa que dizem respeito ao desenvolvimento físico, espiritual, moral e intelectual.

Trata-se de noção fluida, em constante e cotidiana evolução, tendo o escopo de assegurar uma categoria jurídica fundamental para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Vamos falar um pouco sobre as características gerais dos direitos da personalidade:

- 1- Vitalício, projetando-se por toda a vida. Alguns direitos, inclusive, extrapolam a proteção ao longo da vida e são protegidos post mortem (art. 12, §único c/c art. 20, §único, CC).
- 2- Inatos – todas as pessoas titularizam direitos da personalidade.
- 3- Oponíveis erga omnes – isto não significa dizer que são os direitos da personalidade ilimitados, podendo, no caso concreto, ser ponderados.

Enunciado 274, CJF: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

- 4- Irrenunciáveis – É unânime o entendimento no sentido de que os direitos da personalidade são relativamente indisponíveis (enunciados 4 e 139, CJF): A abdicação dos direitos da personalidade deve ser temporária e deve ter finalidade específica.
- 5- Extrapatrimoniais – insuscetíveis de apreciação econômica, ainda que eventual lesão possa produzir consequências monetárias.
- 6- Impenhoráveis
- 7- Imprescritíveis – há uma tutela diferenciada que flexibiliza a segurança jurídica para tutelar os direitos da personalidade.

Atenção! Eventuais reflexos patrimoniais decorrentes dos direitos da personalidade prescrevem. Exemplo disto é o enunciado 149, da súmula do STF (É imprescritível a investigação de paternidade, mas não é imprescritível a petição de herança).

Assertiva I: Incorreta.

O art. 13, CC trata da disposição sobre o próprio corpo em vida, trazendo como limites a diminuição permanente da integridade física e os bons costumes.



A assertiva coloca as limitações legais como obstáculos para a cirurgia de transgenitalização, por supostamente ofender os bons costumes e por diminuir de forma permanente a integridade física.

Ocorre que, por óbvio, esta posição não merece amparo, visto que, primeiramente, não se trata de uma cirurgia mutiladora capaz de diminuir de forma permanente a integridade física. Em verdade, a cirurgia, quando requerida pela pessoa transexual, permite a adequação do sexo biológico ao gênero, sendo certo que a integridade psíquica, como visto, é um dos componentes dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, o enunciado 06, CJF prevê que a expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem estar físico quanto ao bem estar psíquico do disponente.

Os argumentos da violação aos bons costumes, por sua vez, devem ser rechaçados em razão da impossibilidade, em um Estado Democrático de Direito, de se impor certos padrões morais que reforçam uma cultura cisnormativa, heteronormativa e sexista, impedindo o exercício da dignidade por grupos que rompem com o modelo patriarcal previamente adotado. Afinal, é objetivo fundamental da República extraído do art. 3º, CRFB/88 promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, a pessoa transexual tem direito constitucionalmente garantido à integridade física e psíquica e, em razão disto, poderá submeter-se à cirurgia de adequação do sexo ao gênero independentemente de autorização judicial. Pensar de modo diverso seria negar o direito à própria felicidade, o que afeta o direito a uma vida digna e em igualdade de condições.

Concluindo, o enunciado 276, CJF estabelece que o art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Assertiva II: Correta.

O nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade .

A questão mais sensível com relação ao direito ao nome é a possibilidade de sua alteração. Antigamente, apenas se admitia a alteração do nome nas hipóteses taxativamente previstas em lei (art. 55, § único; art. 56; art. 58, caput e § único, LRP; art. 1627, CC c/c art. 47, § 5º, ECA; arts. 30 e 43, Lei 6815/73) em homenagem à segurança jurídica, sendo a regra do art. 58, da LRP a imutabilidade.



Embora a leitura do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 (LRP) indique a imutabilidade do nome, tal regra deve ser interpretada harmonicamente com o art. 56 e 57 da mesma lei, bem como com as diversas decisões judiciais fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88), daí porque dizer que a imutabilidade do nome é relativa.

Nesse passo, o C.STJ tem flexibilizado a interpretação dos arts. 56 e 57, da LRP para permitir a alteração de nome quando houver justo motivo.

Alguns exemplos de situações em que se admitiu a modificação de nome:

- a) inclusão do patronímico de companheiro (REsp 1206656/GO,);
- b) acréscimo do patronímico materno (REsp 1256074/MG);
- c) substituição do patronímico do pai pelo do padrasto (Ag 989812/SP);
- d) inclusão do patronímico do padrasto (REsp 538187/RJ);
- e) alteração da ordem dos apelidos de família (REsp 1323677/MA);
- f) inclusão do nome de solteira da genitora, adotado após o divórcio (REsp 1041751/DF).
- g) aquisição de dupla cidadania (REsp 1.310.088-MG)

Além das hipóteses de alteração motivada do nome civil, há a hipótese de alteração imotivada do nome e independente de decisão judicial, prevista no art. 56, LRP. Neste caso, devem ser observados os requisitos legais, quais sejam: (i) a pedido do interessado; (ii) no primeiro ano após completada a maioridade; (iii) a alteração não pode interferir no sobrenome da família.

Assertiva III: Correta.

É possível juridicamente a disposição gratuita de partes destacáveis do corpo humano, renováveis, como leite, sangue, medula óssea, pele, esperma, fígado, ou não renováveis, com o objetivo de salvar a vida ou preservar a saúde do interessado, de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos.

A assertiva trouxe a literalidade do art. 9º, da Lei 9.434/97, que trata sobre transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Lei 9.434/97, art. 9º: É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes



em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.), ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Ponto importante diz respeito a quem deve autorizar a doação post mortem.

O dispositivo legal trata do transplante entre pessoas vivas, o que depende do consentimento expresso do titular e, por ser um ato de vontade, é plenamente revogável.

No caso de pessoa juridicamente incapaz, como é o caso das crianças e adolescentes, o art. 9º, § 6º, Lei 9.434/97 exige o consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial, bem como ato não pode oferecer risco para a saúde.

Devemos perceber que este dispositivo não exige o consentimento da própria pessoa incapaz, em especial do adolescente, mas tão somente de seus pais ou responsável e do juiz. É necessário, porém, interpretar este dispositivo à luz da doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que coloca a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Nessa esteira, o art. 12, da Convenção de Direitos da Criança da ONU assegura o direito da criança e do adolescente de serem ouvidos e o dever de que sua opinião seja levada em consideração a depender do seu nível de maturidade.

Em razão disto, o enunciado 402, CJF estabelece que não é dispensado o consentimento dos adolescentes no caso de transplante de medula óssea.

Ainda sobre a lei de transplantes, é importante falarmos um pouco sobre o transplante post mortem, em especial sobre quem deve autorizar este transplante.

Isto porque o art. 4º, da Lei 9.434/97 dispõe que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, enquanto o art. 14, CC entende como válida a disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte. Importa saber, portanto, a quem cabe autorizar a doação post mortem, se a própria pessoa em vida ou se a sua família depois da morte.

A fim de harmonizar os dispositivos legais em aparente colisão, a doutrina conclui que, havendo manifestação de vontade do titular ainda em vida no sentido de ser ou não doador de órgãos, sua vontade deve ser respeitada. Apenas nos casos em que o titular não declarou sua vontade em vida os familiares deliberam após o seu óbito. Esta foi a solução encontrada no enunciado 277, CJF.



Assertiva IV: Incorreta.

O art. 20, CC tutela a proteção da imagem.

Art. 20, cc. 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.

De acordo com o C.STJ, a honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público. Inclusive, é possível a veiculação de matéria jornalística que informa que a pessoa está sendo investigada, ainda que não exista certeza de condenação futura. Isto porque a diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados .

Apesar de a vida privada ser sim inviolável, os direitos da personalidade, assim como quaisquer direitos em um Estado Democrático de Direito, não são absolutos, devendo ser ponderados quando existente colisão. Aliás, os direitos da personalidade são terreno fértil para a ponderação, segundo Cristiano Chaves de Farias.

Neste caso, os tribunais superiores e a doutrina defendem que no caso de notícias verdadeiras, úteis e vinculadas a seu papel social é possível sim a relativização do direito à imagem e à privacidade.

A parte final do art. 20 trata da proteção no caso de exposição para fins comerciais. Diante disto, foi editado o enunciado 403, da súmula do STJ, segundo o qual independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

Ocorre que se aplicarmos de forma literal o enunciado da súmula, qualquer exposição em televisão dependeria da anuência de seu titular. Com efeito, a súmula e a própria tutela da imagem devem ser interpretados em harmonia com o acesso à informação e com a liberdade de imprensa.

Nesse sentido, o enunciado 279 do CJF diz que a proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á



em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

O principal fator para definir o lado para qual penderá a balança é a natureza da informação, o grau de relevância e utilidade da informação (matérias que envolvam corrupção política, policial, sonegação fiscal). Então, quanto maior a relevância da notícia, maior ênfase deve se dar para a liberdade de imprensa e acesso à informação.

O STJ, no REsp 794.586/RJ, com base na doutrina, consignou que, para verificar gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser analisados:

- (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída;
- (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada;
- (iii) a amplitude da exposição do retratado; e
- (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação.

De outra parte, o direito de informar deve ser garantido, observando os seguintes parâmetros:

- (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem;
- (ii) o grau de atualidade da imagem;
- (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e
- (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida.

Ainda sobre este tema, devemos lembrar da polêmica envolvendo as biografias não autorizadas. O STF, na ADIn 4815 reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21, sem modificação do texto, em relação às biografias não autorizadas. Em seu voto, Luis Roberto Barroso chega a dizer que a redação do art. 20 traz uma hierarquização rígida de direitos da personalidade, privilegiando de maneira estática a imagem em detrimento da liberdade de imprensa e acesso à informação, o que não se justifica, ao contrário, em regimes democráticos, a liberdade de expressão deve ser vista como liberdade preferencial.

Do julgado, extrai-se que não é exigida a autorização prévia, em homenagem à liberdade de imprensa e acesso à informação, e que eventuais abusos devem ser repudiados e



controlados a posteriori por meio dos instrumentos do direito de resposta, da responsabilidade civil, da responsabilidade criminal e da retificação da obra.

Ainda nesta toada, tema quente que envolve o Direito constitucional, civil e penal é o direito ao esquecimento. Trata-se do direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

De acordo com o jurista e filósofo francês François Ost:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído (OST, François. O Tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160).

No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21).

O enunciado 531, CJF dispõe que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

O C.STJ acolhe a tese do direito ao esquecimento (REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ).

É necessário, pois, conciliar o direito ao esquecimento com o direito à informação. Assim, deve-se analisar se existe um interesse público atual na divulgação daquela informação. Se ainda persistir, não há que se falar em direito ao esquecimento, sendo lícita a publicidade daquela notícia. É o caso, por exemplo, de “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável” (Min. Luis Felipe Salomão). Por outro lado, se não houver interesse público atual, a pessoa poderá exercer seu direito ao esquecimento, devendo ser impedidas notícias sobre o fato que já ficou no passado.

Assertiva V: Incorreta.

Julgado muito importante de ser lido na íntegra por vocês é a ADIn 5275/DF, do informativo 892, STF. Neste julgado, o STF, à luz do que também entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, concluiu que os transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do sexo diretamente no registro civil.



O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. O respeito à identidade de gênero é uma decorrência do princípio da igualdade.

A identidade de gênero é uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana. Logo, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Isso significa que o Estado não diz o gênero da pessoa, ele deve apenas reconhecer o gênero que a pessoa se enxerga.

A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Assim, se cabe ao Estado apenas o reconhecimento dessa identidade, ele não pode exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico. A alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero.

Na Opinião Consultiva 24 (também vale a leitura!), a Corte IDH deixou estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção. Nesta opinião, a Corte entendeu que os Estados têm a possibilidade de decidir qual é o procedimento que será adotado para a retificação do sexo ou nos registros e documentos, mas traçou alguns requisitos que devem ser respeitados:

- a) o procedimento deve respeitar a identidade de gênero auto-percebida pela pessoa requerente;
- b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes;
- c) deve ser confidencial e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações;
- d) deve ser expedito (célere), e na medida do possível, gratuito; e
- e) não deve exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais.

O erro da questão foi condicionar a alteração do prenome ao atestado médico ou psicológico, o que tanto o STF quanto a Corte IDH dispensaram de forma expressa. Na medida em que a identidade de gênero deve apenas ser reconhecida pelo Estado, jamais constituída, não se deve condicionar o seu exercício a qualquer procedimento patologizante.

Nesse contexto, o Princípio 18 (Princípios de Yogyakarta, que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à



identidade de gênero) prevê o seguinte: Nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. A despeito de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

45. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

Um casal de avós paternos procura você, Defensor (a) Público(a) em atuação junto à Vara de Família, portando um mandado de intimação para pagamento de alimentos na proporção de 30% do salário mínimo para o neto, sob o rito da prisão civil, em um cumprimento de sentença de alimentos decorrente de ação de alimentos originariamente formulada em face do pai da criança. Os avós são idosos e já arcam com o pagamento do plano de saúde da criança.

Sobre a situação narrada acima, assinale a alternativa correta:

(A) É possível o chamamento ao processo dos avós maternos para integrarem a lide, sendo esta uma espécie atípica de intervenção de terceiros, devendo ser distribuída igualmente entre todos os avós a proporção de alimentos em favor do neto.

(B) A prestação de alimentos está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana (1o, III, CR), razão pela qual, sopesando-se os prejuízos decorrentes do inadimplemento à qualidade de vida da criança, pessoa em fase de desenvolvimento, a solução mais adequada no caso concreto é autorizar inicialmente a expedição de decreto prisional em desfavor dos avós, ainda que existam outros meios de satisfação da dívida.

(C) Trata-se de obrigação alimentar dos avós decorrente do poder familiar e, nos termos do entendimento sumulado do C.STJ, é complementar e subsidiária, reservada aos casos de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

(D) Os avós são partes legítimas no procedimento de execução de título executivo judicial movido originariamente em face dos genitores, garantido o direito aos avós de demonstrar a inexistência do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

(E) À luz da vedação ao enriquecimento sem causa, o C.STJ admite a mitigação da incompensabilidade dos alimentos, sendo possível deduzir da pensão alimentícia fixada exclusivamente em pecúnia as despesas pagas “in natura”.



Gabarito: letra E.

Essa questão trouxe um caso concreto para vocês pensarem o direito aos alimentos sob uma perspectiva do devedor de alimentos, o que é bastante comum na Defensoria Pública. Lembrando que, na Defensoria Pública, é comum o atendimento tanto do credor de alimentos quanto do devedor de alimentos, pois muitas vezes ambas as partes estão em situação de vulnerabilidade.

Alternativa A: Incorreta.

A primeira assertiva começou corretamente, tratando do chamamento ao processo no caso de alimentos avoengos (aqueles prestados pelos avós).

O C.STJ já sedimentou a questão no sentido de que se trata de um litisconsórcio necessário, de modo que a obrigação subsidiária - em caso de inadimplemento da principal - deve ser diluída entre os avós paternos e maternos, na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. Isto se justifica porque a necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentando maior provisionamento tantos quantos réus houver no polo passivo da demanda.

A hipótese de intervenção de terceiros está esculpida no art. 1696, CC:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes (ex: avós), recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

A obrigação alimentar não é somente dos pais em decorrência do poder familiar. A reciprocidade de obrigação alimentar entre pais e filhos (229, CRFB/88 229 e 1.696,CC) é ônus que se estende a todos os ascendentes, recaindo sempre nos mais próximos. Se quem deve alimentos em primeiro lugar não puder suportar totalmente o encargo, são chamados a concorrer os parentes de grau imediato (1.698, CC). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos ascendentes, isto é, aos avós, parentes em grau imediato mais próximo.

Como a solidariedade não se presume (265,CC), pacificaram-se doutrina e jurisprudência entendendo que o dever de prestar alimentos não seria solidário, mas subsidiário e de caráter complementar, condicionado às possibilidades de cada um dos obrigados. Sua natureza divisível sempre serviu de justificativa para reconhecer que não se trata de obrigação solidária.



Devemos lembrar, porém, que no Estatuto do Idoso a obrigação é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

O erro da questão foi dizer que a prestação de alimentos será distribuída de forma igualitária entre os avós maternos e paternos. Isto porque não há como afastar os critérios da proporcionalidade (1.694 § 1º, CC), sendo certo que a sentença que reconhece a obrigação de mais de um devedor deve individualizar o encargo, quantificando o valor dos alimentos segundo as possibilidades de cada um.

Segundo o C.STJ, a obrigação deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida dos seus recursos, diante da sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento.

Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade/possibilidade, perquirindo-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, esta mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade, razão pela qual se começa a falar em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.

Alternativa B: Incorreta.

Apesar desta alternativa seduzir ao falar sobre a dignidade da pessoa humana da criança ou adolescente, pessoas em fase de desenvolvimento, o fato é que a 3ª turma do C.STJ entendeu que, havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, a fim de afastar o decreto prisional em desfavor dos executados.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, o fato de os avós terem assumido espontaneamente o custeio da educação dos netos não garante que, em caso de inadimplemento, a execução deva seguir o mesmo rito estabelecido para os pais das crianças.

Sopesando-se os prejuízos sofridos pelos menores e os prejuízos que seriam causados aos pacientes se porventura for mantido o decreto prisional e, conseqüentemente, o encarceramento do casal de idosos, conclui-se que a solução mais adequada à espécie é autorizar, tal qual havia sido deliberado em primeiro grau de jurisdição, a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, o que, a um só tempo, homenageia o princípio da menor onerosidade da execução e também o princípio da máxima utilidade da execução.

Neste mesmo sentido, o Enunciado 599 do CJF:

Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do devedor, podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu



cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

Logo, apesar de possível a prisão civil dos avós devedores de alimentos, o fato é que se deve dar primazia aos meios expropriatórios em detrimento da prisão civil quando houver outros meios de satisfação da dívida.

Alternativa C: Incorreta.

A alternativa trouxe o entendimento presente no enunciado 596, da súmula do STJ, importantíssimo para provas de concurso público e que traz as características da obrigação alimentar dos avós.

Súmula 596-STJ: A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

A subsidiariedade da obrigação alimentar está positivada no art. 1.698, primeira parte, CC, que prevê que se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Logo, apenas no caso de impossibilidade total ou parcial dos pais os avós podem ser chamados a prestar alimentos aos netos.

Em regra, a impossibilidade total do devedor principal somente restará caracterizada no caso de falecimento, ausência ou inadimplemento da obrigação demonstrado por meio de execução frustrada.

Exige-se, pois, o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema da prisão civil.

O erro da questão está na referência à obrigação alimentar e não ao dever alimentar.

Distingue a doutrina obrigação e dever alimentar. O dever alimentar decorre da solidariedade familiar existente entre cônjuges, companheiros e demais parentes em linha reta ou colateral. Como tem natureza assistencial, é necessária a demonstração da necessidade de quem os pleiteia e da capacidade de quem irá pagar. A obrigação alimentar decorre do poder familiar, sendo, por tal razão, ilimitada (CC 1.566 III e 1.568). Há a presunção da necessidade do credor, que não precisa prová-las. Uma vez cessado o poder familiar, pela maioria ou emancipação, termina o ciclo do dever de sustento e começa o vínculo da obrigação alimentar.



Os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tratando-se de dever alimentar, sucessivo, subsidiário e complementar, não de obrigação alimentar decorrente do parentesco .

Alternativa D: Incorreta.

Como visto nos comentários da alternativa anterior, o reiterado inadimplemento dos pais autoriza a propositura de ação de alimentos em face dos avós.

Contudo, não é possível cobrar deles o débito dos alimentos. Não cabe intentar contra os avós execução dos alimentos não pagos pelo genitor, o que seria impor a terceiro o pagamento de dívida alheia.

Neste caso, o correto seria ingressar com uma ação de conhecimento em face dos avós, a fim de que seja discutido o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, com a participação efetiva dos avós em contraditório, discutindo suas reais possibilidades e, ao final, proferida sentença condenatória em desfavor dos avós.

Admitir o simples redirecionamento da execução civil (fase de cumprimento de sentença) aos avós sem que eles tenham participado do processo de conhecimento e tenha sido debatido a sua possibilidade na prestação alimentícia é violadora do contraditório (art. 5o, LV, CRFB/88) e da necessária observância do trinômio da obrigação alimentar (art. 1694, §1o, CC).

Na fase de cumprimento de sentença o título executivo judicial já foi constituído e, no caso da questão, em face do genitor, não dos avós. Desse modo, é necessário constituir um novo título executivo judicial em face dos avós para que seja possível a execução por cumprimento de sentença em seu desfavor.

Alternativa E: Correta.

De acordo com o art. 1707, CC, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora. Isto é, é característica dos alimentos a incompensabilidade.

A justificativa da proibição é evitar a frustração da finalidade primordial dos alimentos - a subsistência do beneficiário a quem cabe dispor deste crédito, a fim de suprir suas necessidades básicas, da forma que melhor lhe convier .

Em regra, portanto, não se admite a compensação de alimentos fixados em pecúnia com aqueles pagos in natura, devendo ser considerado como mera liberalidade eventual despesa paga de forma diferente da estipulada pelo juízo.



Ocorre que, sob o prisma da vedação ao enriquecimento sem causa, positivado no art. 884, CC, o C.STJ passou a admitir excepcionalmente a mitigação do princípio da incompensabilidade dos alimentos.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA.

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO FIXADA EM PECÚNIA. ABATIMENTO DE PRESTAÇÃO "IN NATURA". POSSIBILIDADE. PAGAMENTO DE ALUGUEL, TAXA DE CONDOMÍNIO E IPTU DO IMÓVEL ONDE RESIDIA O ALIMENTADO. DESPESAS ESSENCIAIS. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. 1. Controvérsia em torno da possibilidade, em sede de execução de alimentos, de serem deduzidas da pensão alimentícia fixada exclusivamente em pecúnia as despesas pagas "in natura" referentes a aluguel, condomínio e IPTU do imóvel onde residia o exequente. 2. Esta Corte Superior de Justiça, sob o prisma da vedação ao enriquecimento sem causa, vem admitindo, excepcionalmente, a mitigação do princípio da incompensabilidade dos alimentos. Precedentes.

3. Tratando-se de custeio direto de despesas de natureza alimentar, comprovadamente feitas em prol do beneficiário, possível o seu abatimento no cálculo da dívida, sob pena de obrigar o executado ao duplo pagamento da pensão, gerando enriquecimento indevido do credor.

4. No caso, o alimentante contribuiu por cerca de dois anos, de forma efetiva, para o atendimento de despesa incluída na finalidade da pensão alimentícia, viabilizando a continuidade da moradia do alimentado.

5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1501992/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 20/04/2018)

46. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

Sobre os defeitos do negócio jurídico, é correto afirmar:

(A) É nulo o negócio jurídico quando praticado por pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.



(B) O negócio jurídico celebrado com simulação é anulável mesmo que não tenha causado prejuízos a terceiros.

(C) A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado, tratando-se de prazo decadencial de quatro anos.

(D) A declaração enganosa de vontade que vise à produção, no negócio jurídico, de efeito diverso do apontado como pretendido consiste em defeito denominado reserva mental.

(E) Anulado o negócio jurídico realizado em fraude contra credores, a vantagem resultante será revertida em favor do autor da ação pauliana.

Gabarito: letra C.

Alternativa A: Incorreta.

Para comentar esta primeira alternativa, primeiro devemos fazer uma análise sobre a teoria das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Como todos vocês devem saber, o EPD alterou o Código Civil, retirando do rol de absolutamente incapazes aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, bem como os que, por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade. Com a nova redação do código, apenas são considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

O fato é que os negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes são nulos e os negócios praticados por relativamente incapazes são anuláveis, nos termos dos arts. 166, I e 171, I, CC.

Apenas com esta informação já seria possível responder a questão, pois a única causa de incapacidade absoluta (que conduziria à nulidade do negócio jurídico) é a idade menor do que 16 anos e a alternativa fala em nulidade de negócio praticados por pessoas com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Para a gente conseguir aprofundar a questão, vou tecer alguns comentários sobre a teoria das incapacidades à luz do EPD.



Inicialmente, a capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e contrair deveres pessoalmente e divide-se em capacidade de direito e capacidade de fato.

A capacidade de direito é a aptidão genérica reconhecida indistintamente a toda e qualquer pessoa natural e jurídica para ser potencial sujeito de direitos, isto é, titular de direitos e obrigações. Para pessoas naturais, basta o nascimento com vida.

Já a capacidade de fato é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil, dependendo de condições biológicas e legais.

O conceito de incapacidade não se confunde com o de impedimento, que está associado à falta de legitimação para determinado ato, sendo episódico, casuístico. No impedimento, portanto, o sujeito é capaz, mas é impedido de praticar determinado ato, a exemplo do que ocorre no art. 497, CC.

A teoria das incapacidades incide sobre a capacidade de fato.

O ordenamento jurídico brasileiro encampou a ideia de que a capacidade é a regra, sendo a incapacidade excepcional. Assim, a interpretação da incapacidade é sempre restritiva.

Os absolutamente incapazes não possuem qualquer capacidade de agir e, para atuarem, precisam estar representados. O representante legal pratica os atos da vida civil em nome do representado e, caso não haja representante, o ato será nulo.

Os relativamente incapazes, por sua vez, possuem alguma capacidade de agir, sendo certo que sua manifestação de vontade deve ser data em conjunto com a do seu assistente.

Exemplo ilustrativo desta diferença: Na representação temos a figura do pai atravessando a rua com o filho no colo, ao passo que na assistência temos a figura do pai atravessando a rua de mãos dadas com o filho.

Especificamente sobre as pessoas com deficiência, o fato é que, em um primeiro momento, adotou-se o modelo de prescindência, com fundo religioso, no qual a pessoa com deficiência era percebida como inútil, prescindível, dispensável, já que não contribuía com as necessidades sociais. A consequência disto é a perspectiva eugenista e de marginalização destas pessoas.

Em um segundo momento (pós 1ª guerra mundial) adotou-se o modelo médico, no qual a deficiência foi compreendida como defeito individual decorrente da incompatibilidade com o padrão de normalidade estético e existencial preestabelecido. Neste contexto, há uma tentativa de curar, normalizar as pessoas com deficiência a fim de que seja alcançado o padrão de normalidade.



Em um terceiro momento, a partir de meados da década de 60, passou-se a adotar o modelo social de pessoa com deficiência. Neste cenário, as causas da deficiência são as limitações corporais por causas científicas e biológicas aliadas às barreiras sociais que obstaculizam a inclusão. A deficiência é compreendida como problema social e as desvantagens da deficiência decorrem da incapacidade da sociedade de se ajustar às diversidades. Assim, propõe-se que a sociedade seja adaptada à pessoa com deficiência, não o contrário.

A partir do momento em que o problema não era mais o indivíduo e a sua anormalidade, mas o contexto social responsável por sua estigmatização, a inclusão social tornou-se premissa básica do tratamento dispensado à pessoa com deficiência. Materializou-se, no microsistema da pessoa com deficiência a ideia de que a igualdade inerente a todo ser humano inclui a diferença, desmistificando eventual limitação como uma tragédia e ideia de autovalorização do ser humano independentemente de sua utilidade no meio social.

O EPD, no Brasil, tem como fundamento a Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência (Convenção de Nova Iorque), cujo status normativo é equivalente à emenda constitucional (art. 5º, §3º, CRFB/88). O referido diploma legal considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º, EPD).

Antes do EPD, a pessoa com deficiência era considerada necessariamente incapaz, seja absoluta, seja relativamente. Adotava-se uma perspectiva médica e assistencialista pela qual se rotulava como incapaz aquele que simplesmente ostentava insuficiência psíquica ou intelectual, em tratamento discriminatório e desumano. A deficiência confundia-se com a incapacidade civil, sendo incompatível com a perspectiva constitucionalizada do direito civil que demanda uma visão igualitária e digna sobre todas as pessoas.

A partir do EPD houve mudanças substanciais no que se refere à pessoa considerada incapaz, bem como sobre quais atos incidem o instituto da curatela.

	Antes do EPD	Depois do EPD
--	--------------	---------------



Absolutamente incapazes	<ul style="list-style-type: none">- menores de 16 anos- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática destes atos. (critério etário e médico)	<ul style="list-style-type: none">- menores de 16 anos (critério exclusivamente etário)
Relativamente incapazes	<ul style="list-style-type: none">- maiores de 16 e menores de 18 anos.- ébrios habituais, viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido.- excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.- pródigos.	<ul style="list-style-type: none">- maiores de 16 e menores de 18 anos.- ébrios habituais e viciados em tóxico.- aquele que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade.- pródigos.

Com efeito, a pessoa com deficiência é plenamente capaz para exercer os atos da vida civil, possuindo capacidade de fato. Não há mais correlação necessária entre incapacidade jurídica e deficiência.

Apesar de a deficiência não mais ser critério para aferir incapacidade, é possível que exista incapacidade relativa nos casos em que a pessoa, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade. Isto é, a causa incapacitante não é a doença, mas o fato de não poder exteriorizar sua vontade, caso em que será necessária a curatela.

Por fim, o EPD passou a dispor que a incapacidade não afeta situações de natureza existencial. Assim, ainda que se trate de pessoa com deficiência que, em razão do fato de não poder exteriorizar a sua vontade, seja submetida à curatela, esta se limita às questões patrimoniais, jamais incidindo sobre questões existenciais, razão pela qual a pessoa com deficiência pode livremente casar, constituir união estável, exercer o direito ao planejamento familiar, exercer o direito de guarda, tutela e adoção.



Bom, pessoal, esse tema tem muita coisa para ser discutida, muitos reflexos dessa alteração tão importante, então eu decidi trabalhar de forma bem completa a teoria das incapacidades. Se restar alguma dúvida, mandem e-mail.

Alternativa B: Incorreta.

A simulação no CC/16 estava dentro do capítulo dos defeitos do negócio jurídico e a sua consequência era a anulabilidade, tal como prescreve a assertiva “b”.

Ocorre que o CC/02 deixou de considerar a simulação um vício social como outrora era compreendido, passando a ser causa de nulidade absoluta (art. 167, CC).

As premissas da simulação são de que haja uma declaração enganosa de vontade em conluio com o declaratório, chamado de pactum simulationis, com o objetivo de enganar terceiro, havendo um negócio meramente aparente.

A simulação pode ser relativa ou absoluta. Na simulação relativa, há o negócio simulado (negócio aparente, aquele declarado pelas partes), mas há também o negócio dissimulado (negócio efetivamente pretendido). Na simulação absoluta há apenas o negócio simulado/aparente e as partes, em verdade, não estão celebrando negócio algum.

Além de tratar a simulação como causa de anulabilidade, o que, como vimos, é equivocado a partir do CC/02, a alternativa fala que é possível simulação ainda que não haja intenção de prejudicar terceiros.

Esta parte da questão está correta.

Há uma classificação doutrinária que divide a simulação entre maliciosa e inocente.

Na simulação maliciosa, o objetivo é atingir interesses juridicamente protegidos de terceiros. Na simulação inocente, pelo contrário, não há o atingimento de interesses juridicamente protegidos de terceiros.

O exemplo mais conhecido entre os civilistas de simulação inocente, que, frise-se, é inocente sob o ponto de vista cível, mas não tão inocente sob o ponto de vista tributário, é aquele em que o sujeito é artista famoso que tem uma namorada em sigilo e não quer tornar público o relacionamento por questões de intimidade, não tem herdeiros necessários, é livre, desimpedido, gostaria de fazer uma doação em favor da namorada, mas, se fizer, o relacionamento vem à tona. Então, o casal de namorados faz uma compra e venda que busca esconder a doação, mas o único objetivo aqui é preservar o sigilo do relacionamento, não há violação a nenhum interesse juridicamente protegido de terceiros.



A existência da classificação de simulação inocente parece tornar inapropriada a definição de que a simulação tem objetivo prejudicar terceiros, vez que na simulação inocente não há este objetivo de prejudicar, o que há é o objetivo de enganar, motivo pelo qual, quando se define simulação como um todo, melhor expressão é enganar do que prejudicar, porque a expressão prejudicar afastaria a possibilidade de simulação inocente que é concebida pela doutrina.

À época do CC/16, o art. 104 dizia expressamente que a simulação inocente não era invalidante, pois a simulação apenas geraria invalidade quando prejudicasse terceiro. O CC/02 não repetiu esta regra, uma vez que, diferentemente do CC/16, a simulação é causa de nulidade absoluta, atingindo interesse público, de modo que não se exige que haja prejuízo a determinada pessoa, o prejuízo aqui é à coletividade.

Impulsionou o legislador a consagrar a simulação como causa de nulidade absoluta, retirando-a do rol de anulabilidade, a influência da boa-fé objetiva, que nos conduz à necessidade de eticidade nas relações privadas. O legislador entendeu que o conluio por si só e a divergência intencional entre o que se pretende e o que se declara violam a ordem pública, porque afronta a eticidade nas relações privadas. Nesse sentido o enunciado 152, CJF, estabelece que toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante.

Logo, o erro da questão é tratar a simulação como causa de anulabilidade, mas está correto ao afirmar que não é necessário o intuito de prejudicar terceiros, bastando que se preste a enganar.

Alternativa C: Correta.

Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Art. 157, CC).

O elemento objetivo da lesão é a desproporção manifesta. Esta desproporção manifesta deve ser congênita à celebração do contrato. Isto é, na lesão o contrato já nasce desequilibrado, lembrando que na desproporção superveniente, o instituto aplicado é o da onerosidade excessiva (arts. 478 a 480).

O elemento subjetivo da lesão é premente necessidade ou inexperiência. Premente necessidade não é sinônimo de necessidade econômica e sim de necessidade contratual.

O enunciado 290 do CJF deixa claro que a premente necessidade ou inexperiência não se presumem! Em relação sujeita ao CC, é preciso demonstrar a premente necessidade ou a inexperiência, diferentemente da relação sujeita ao CDC.



Nas relações de consumo, os elementos da premente necessidade ou inexperiência são presumidos diante da hipossuficiência do consumidor.

Por fim, vamos diferenciar a lesão e o estado de perigo, institutos parecidos.

As principais diferenças entre lesão e estado de perigo são:

- a) A lesão independe de dolo de aproveitamento (enunciado 150, CJF), enquanto o estado de perigo o exige.
- b) A lesão aplica-se exclusivamente a contratos bilaterais, pois a parte final do art. 157, CC fala em desproporção na comparação entre prestações recíprocas, o que apenas existe nos contratos sinalagmáticos. O estado de perigo aplica-se aos contratos unilaterais inclusive, a exemplo da promessa de recompensa.
- c) No estado de perigo está em jogo a vida ou a integridade física da própria pessoa ou de pessoa de sua família, o que não é exigido na lesão.

O prazo decadencial para pleitear a anulação do negócio jurídico celebrado eivado do vício de lesão é de quatro anos, cf. art. 178, II, CC.

Alternativa D: Incorreta.

A alternativa trouxe a definição de simulação, não de reserva mental.

Segundo o art. 167, § 1º, CC, haverá simulação nos negócios jurídicos quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

Como explicado nos comentários da alternativa “b”, a simulação consiste na declaração enganosa de vontade em conluio com o declaratório, com o objetivo de enganar terceiro, havendo um negócio meramente aparente.

A reserva mental, por sua vez, está prevista no art. 110, CC.

Art. 110, CC: A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Ocorre quando há divergência entre a vontade interna e a vontade declarada.

Difere do erro porque na reserva mental a divergência é consciente. O sujeito quando declara a vontade sabe que está declarando algo que efetivamente não deseja, daí também ser conhecida como reticência, pois no momento da manifestação da vontade o sujeito já é reticente.



Como há conflito entre a vontade declarada e a vontade interna, em homenagem ao princípio da confiança, que busca tutelar a legítima expectativa, o art. 110 diz que, em regra, prevalece a vontade declarada. A exceção (parte final do art. 110) é se o declaratório sabia da reserva mental. É evidente que se o declaratório sabe, ele não tem uma legítima expectativa a ser prestigiada.

Alternativa E: Incorreta.

Na fraude contra credores há um ato de disposição patrimonial que induz o devedor à insolvência ou agrava eventual insolvência pré-existente.

A fraude contra credores, em regra, pressupõe dois elementos: (i) evento danoso (*eventus damni*); e (ii) o *consilium fraudis* (*scientia fraudis*).

O evento danoso é o prejuízo aos credores e isto só acontece se o ato de disposição patrimonial gerar insolvência ou agravar eventual insolvência.

O segundo requisito (*consilium fraudis*) parece trazer uma ideia de conluio entre o devedor alienante e o terceiro adquirente, porém, atenção, pois não se exige conluio, até mesmo porque se o legislador exigisse conluio estaríamos na seara da boa-fé subjetiva. O art. 159 dispõe que serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Em outras palavras, se o terceiro sabe ou deveria saber porque a insolvência é notória, ele não tem uma legítima expectativa, pois não observou o dever anexo de cuidado. Pelo *consilium fraudis*, protegem-se os credores, desde que a insolvência seja, no mínimo, perceptível ao terceiro adquirente, porque se a insolvência for no mínimo perceptível, não há legítima expectativa do terceiro.

A via adequada para suscitar fraude contra credores é a ação pauliana, também chamada de ação revocatória prevista no art. 161, CC.

O art. 165, CC prevê que, anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores. Logo, a vantagem resultante da anulação não se reverte em favor do autor da ação pauliana, mas sim do acervo.

Mais um comentário sobre fraude contra credores: Há uma divergência doutrinária acerca dos efeitos da fraude contra credores, apesar de a redação explícita do CC/02 (art. 171, II) ser no sentido da anulabilidade.

Isto porque, apesar de os arts. 171, II, 182, 165, CC falarem expressamente em anulação, há uma segunda corrente que defende a tese da ineficácia relativa (Alexandre Câmara, Dinamarco, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Pablo Stolzi).



Para estes autores o ato de disposição patrimonial que induz o devedor à insolvência não seria vício intrínseco, mas tem o condão de prejudicar determinadas pessoas, razão pela qual a hipótese se encaixaria melhor dogmaticamente na ineficácia relativa. Além disto, em situações muito parecidas, o legislador consagra a ineficácia relativa, tais como na fraude à execução e na ação revocatória da lei de falências. Outro argumento é que quando há anulabilidade, o art. 182 diz que se retorna ao status quo ante, sendo certo que, na fraude contra credores, o art. 165 prevê que a vantagem resultante reverterá em favor do acervo de credores, não há propriamente status quo ante.

A diferença prática de uma tese para a outra é que, digamos que A pratique ato de disposição patrimonial em favor de B no valor de R\$100.000,00. A tem três credores (C¹, C² e C³), imagine que C¹, cujo crédito é de R\$15.000, propõe ação pauliana. Se vencer a tese da anulabilidade, mesmo que o crédito de C¹ seja só de R\$15.000, todos os R\$100.000,00 serão alvo de status quo ante, porque a invalidade leva ao status quo anterior. Se for ineficácia relativa, o ato não produz efeito em relação à determinada pessoa, no caso, em relação ao credor demandante (C¹), então, R\$15.000 reverterem-se em favor de C¹ e R\$85.000,00 continuam em favor do terceiro adquirente.

47. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

Caio celebrou contrato de promessa de compra e venda de um apartamento com a construtora ABC Engenharia. A cláusula quinta do contrato previa que a construtora entregaria o apartamento no dia 31/05/2019, podendo prorrogar a entrega até 27/11/2019. Ocorre que a construtora, por mora imputável unicamente a ela, somente entregou o imóvel em 11/02/2020.

Diante disto, Caio ajuizou ação pedindo a condenação da construtora ao pagamento:

- Da multa de 1% ao mês prevista no contrato (multa contratual) decorrente do atraso na entrega do imóvel;
- Dos lucros cessantes correspondentes à quantia que o adquirente poderia obter se estivesse alugando o imóvel tempestivamente;
- Da indenização por danos morais.

Sobre a situação hipotética:



I - Em um contrato no qual foi estipulada uma cláusula penal compensatória, caso haja o inadimplemento, não é possível que o credor exija o valor desta cláusula penal e mais as perdas e danos.

II - A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.

III - Em caso de atraso na entrega do imóvel, é possível a cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal moratória.

IV - Segundo o C.STJ, em regra cabe indenização por danos morais caso a construtora/incorporadora descumpra o prazo de entrega do imóvel, fundada no inadimplemento contratual.

(A) I e II estão corretas.

(B) II está correta.

(C) I, II e III estão corretas.

(D) II, III estão corretas.

(E) III e IV estão corretas.

Gabarito: letra A.

Assertiva I: Correta.

Assertiva III: Incorreta.

Pessoal, vamos falar conjuntamente das assertivas I e III, que tratam do mesmo tema.

Resolvi trazer para vocês um julgado muito importante do C.STJ que trata da cumulação de lucros cessantes e de cláusula penal moratória.

Como eu sei que esta parte de obrigações é normalmente negligenciada pelos alunos, vamos fazer uma revisão bem completinha.



Primeiramente vamos definir o que é cláusula penal: Cláusula penal é uma cláusula na qual se estipula previamente o valor da indenização que deverá ser paga pela parte contratante que não cumprir a obrigação.

A cláusula penal tem um duplo fundamento: o reforço do vínculo obrigacional, é evidente que diante de uma cláusula penal o devedor se sente estimulado a cumprir a obrigação, bem como a liquidação antecipada das perdas e danos, também chamada de prefixação das perdas e danos.

Agora, vamos à diferença entre cláusula penal moratória e cláusula penal compensatória:

Moratória	Compensatória
Estipulada para desestimular o devedor a incorrer em mora ou para evitar que deixe de cumprir determinada cláusula especial da obrigação principal. É a cominação contratual de uma multa para o caso de mora.	Estipulada para servir como indenização no caso de total inadimplemento da obrigação principal. Funciona como prefixação das perdas e danos.
Aplicada para o caso de inadimplemento relativo (mora).	Aplicada para o caso de inadimplemento absoluto.
Ex: em uma promessa de compra e venda de um apartamento, é estipulada multa para o caso de atraso na entrega.	Ex: em um contrato para fotografia de um casamento é multa caso o fotógrafo não compareça.
Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.	Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor



Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor

Multa moratória = obrigação principal + multa

Multa compensatória = obrigação principal ou multa

O entendimento tradicional do C.STJ sempre foi de que não é possível cumular multa compensatória com indenização por lucros cessantes decorrentes do inadimplemento da obrigação.

A finalidade da cláusula penal compensatória é recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente decorram do inadimplemento total ou parcial da obrigação. Não é possível, portanto, cumular cláusula penal compensatória com perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual.

Com efeito, se as próprias partes já acordaram previamente o valor que entendem suficiente para recompor os prejuízos experimentados em caso de inadimplemento, não se pode admitir que, além desse valor, ainda seja acrescido outro, com fundamento na mesma justificativa – a recomposição de prejuízos.

Nesse sentido, a alternativa I está correta, pois afirma que não é possível cumular cláusula penal compensatória com perdas e danos.

De modo diverso, o entendimento tradicional do C.STJ no caso de cláusula penal moratória era no sentido de ser possível a cumulação com perdas e danos.

A cláusula penal moratória não era estipulada para compensar o inadimplemento nem para substituir o adimplemento. Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interferia com a responsabilidade civil. Logo, não havia óbice a que se exigisse a cláusula penal moratória juntamente com o valor referente aos lucros cessantes.

Desse modo, no caso de mora, existindo cláusula penal moratória, concedia-se ao credor a faculdade de requerer, cumulativamente: a) o cumprimento da obrigação; b) a multa contratualmente estipulada; e ainda c) indenização correspondente às perdas e danos decorrentes da mora .



Ocorre que a 2ª seção do STJ adotou entendimento diverso em 2019 (informativo 651) e, no REsp 1.498.484/DF, sob a égide dos recursos repetitivos, decidiu que a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

De acordo com o ministro relator, Luis Felipe Salomão, a natureza da cláusula penal moratória é eminentemente reparatória (indenizatória), possuindo também, reflexamente, uma função dissuasória (ou seja, de desestímulo ao descumprimento). Tanto isso é verdade que a maioria dos contratos de promessa de compra e venda prevê uma multa contratual por atraso (cláusula penal moratória) que varia de 0,5% a 1% ao mês sobre o valor total do imóvel. Esse valor é escolhido porque representa justamente a quantia que o imóvel alugado, normalmente, produziria ao locador. Assim, como a cláusula penal moratória já serve para indenizar/ressarcir os prejuízos que a parte sofreu, não se pode fazer a sua cumulação com lucros cessantes (que também consiste em uma forma de ressarcimento). Diante desse cenário, havendo cláusula penal no sentido de prefixar, em patamar razoável, a indenização, não cabe a sua cumulação com lucros cessantes.

Atenção! Se não houver previsão de multa no caso de descumprimento do prazo para entrega do imóvel (cláusula penal moratória), é possível condenar a construtora ao pagamento de lucros cessantes .

E se o contrato dispor de cláusula penal moratória para o inadimplemento do adquirente, mas não para o inadimplemento da construtora, o C.STJ entendeu que a cláusula penal referente ao inadimplemento do adquirente deve ser considerada para fixação de indenização pelo inadimplemento do devedor .

Com base nesta mudança de entendimento do C.STJ, a assertiva III está errada, pois não é possível a cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal moratória.

Assertiva II: Correta.

Em 28/12/2018, entrou em vigor a Lei nº 13.786/2018, que dispõe sobre a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária. Vale a pena dar uma olhadinha na lei, porque ela positivou diversos entendimentos do C.STJ.

O art. 43-A dispõe expressamente sobre a validade da chamada cláusula de tolerância, que já era admitida pela jurisprudência. Admite-se, portanto, um atraso de até 180 dias em relação ao prazo previsto para a entrega.

O requisito legal de validade da cláusula de tolerância é a previsão expressa no contrato, de forma clara e destacada.



Caso o empreendimento seja entregue após os 180 dias de tolerância, isto será inaceitável e o adquirente poderá pleitear cumulativamente a resolução do contrato, a devolução do valor pago e o pagamento de multa.

Caso não deseje a resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, pro rata die, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato (art. 43-A, §2o).

A assertiva II traz a redação literal do art. 43-A, estando, pois, correta.

Assertiva IV: Incorreta.

A última assertiva traz como regra a indenização por danos morais no caso de atraso na entrega do imóvel, o que é o contrário do entendimento do C.STJ.

Para o C.STJ, o mero descumprimento de entrega previsto no contrato não acarreta, por si só, danos morais. Apenas em situações excepcionais é possível a condenação em indenização por danos morais, desde que devidamente comprovada a ocorrência de uma significativa e anormal situação que repercuta na esfera de dignidade do comprador.

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ENTREGA DA OBRA. ATRASO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORA EX RE.

INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS. MULTA CONTRATUAL. PREVISÃO. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR. REEXAME DE PROVAS.

INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. A controvérsia a ser dirimida reside em definir se a responsabilidade pelo atraso na entrega do loteamento imobiliário vendido pela recorrente ocorreu por sua exclusiva responsabilidade ou por caso fortuito/força maior decorrente de desídia do poder público na expedição de alvarás indispensáveis à consecução do empreendimento. 2. A mora ex re independe de qualquer ato do credor, como interpelação ou citação, porquanto decorre do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado, cuja matriz normativa é o art. art. 397, caput, do Código Civil de 2002. 3. Havendo prazo certo para cumprimento da obrigação, sem que haja dúvida quanto ao valor a ser pago pelo eventual inadimplemento contratual (multa expressamente prevista no instrumento de promessa de compra e venda), desnecessária a notificação da devedora sobre a mora. Aplicação do brocardo dies interpellat pro homine. 4. Esta Corte possui entendimento consolidado no sentido de que a inversão das conclusões da Corte local, para afirmar que o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta além do prazo de tolerância estipulado



seria decorrente de caso fortuito ou força maior (desídia do poder público), demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância que atrai a incidência da Súmula nº 7/STJ.

5. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que o simples inadimplemento contratual, consubstanciado no atraso na entrega do imóvel, não é capaz por si só de gerar dano moral indenizável, devendo haver, no caso concreto, consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima. 6. Ausente o requisito do prequestionamento, incide, por analogia, o disposto na Súmula nº 282/STF.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1654843/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 06/03/2018)

Em uma situação prática de prova discursiva, é possível que o candidatx se valha deste entendimento do C.STJ para justificar no caso concreto a existência de dano moral. Espera-se em uma fase dissertativa um esforço dogmático dos candidatx, razão pela qual é interessante saber a posição do C.STJ para poder adequar o caso concreto a ela ou até mesmo para criticar a posição do C.STJ com base nos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia, etc.

Vejam, porém, que a questão objetiva pediu o entendimento do C.STJ e o fato é que este não entende como regra a indenização por danos morais, ainda que nós, em uma atuação contramajoritária, critiquemos a posição e sustentemos o entendimento mais favorável ao usuário da Defensoria Pública, que seria a indenização por danos morais como regra, ainda que seja em sua perspectiva punitiva.

Para finalizar, o C.STJ decidiu duas situações excepcionais em que seria possível a indenização por danos morais no caso de atraso na entrega de imóvel:

1o: Atraso muito grande na entrega. No caso, o atraso foi de 2 anos .

2o: Atraso na entrega que gerou o adiamento do casamento dos adquirentes que já estava com data marcada .

48. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

Danusa, solteira, sem patrimônio, em meados de 2016 conhece Danúbio, divorciado, pai de Dante e Danilo, que possui um imóvel avaliado em R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais). Em 2017, os dois passam a viver juntos, Danusa passa a utilizar, socialmente,



o sobrenome de Danúbio, entretanto, não formalizam a União Estável. Nesse mesmo ano, adquirem um carro no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Em 2018, Danúbio recebe uma quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) oriunda de uma doação realizada por um tio que não possuía filhos. Ocorre que em 2019, Danúbio, que viajava de carro com seus dois filhos, se envolve em um grave acidente, vindo todos à óbito naquele mesmo momento. No mês seguinte Danusa descobre que os pais do Danúbio ainda estavam vivos, mas não mantinham contato com ele há mais de 10 anos; além disso, Danúbio possuía um saldo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) oriundos do FGTS. Diante desses fatos, você, Defensor(a) Público(a) exercendo suas funções na Vara de Órfãos e Sucessões daquela comarca recebe Danusa para realizar o primeiro atendimento. Assinale a alternativa que apresente a orientação correta que deve ser dada à Danusa com relação à destinação dos bens:

(A) Danusa é considerada companheira de Danúbio e deve participar da sucessão. Os pais de Danúbio, do mesmo modo, devem figurar na sucessão. Danusa terá direito a R\$ 100.000,00 já que é meeira do veículo e faz jus à metade dos bens da herança, excluindo o automóvel. Aos pais, cada um herdará R\$ 50.000,00 referente ao restante do patrimônio.

(B) Danusa não é considerada companheira de Danúbio pois a União Estável não se presume, e, apesar de ser dispensável o registro público da relação, deveria haver instrumento particular dando início à relação. Seus pais, por sua vez, devem suceder por serem seus ascendentes, herdando, cada um deles, metade da herança deixada.

(C) Danusa é considerada companheira de Danúbio e deve participar da sucessão. Os pais de Danúbio, do mesmo modo, devem figurar na sucessão. Danusa herdará somente metade do imóvel particular de Danúbio, já que é meeira do automóvel. A quantia oriunda da doação bem como o saldo do FGTS, não se comunicam ao companheiro, razão pela qual herdarão os pais de Danúbio.

(D) Danusa é considerada companheira de Danúbio e deve participar da sucessão. Os pais de Danúbio, do mesmo modo, devem figurar na sucessão. Danusa terá direito a R\$ 80.000,00 já que é meeira do veículo e participa da herança de todos os bens, inclusive do automóvel, em igual proporção aos pais de Danúbio. A estes, cada um herdará R\$ 60.000,00.

(E) Danusa é considerada companheira de Danúbio e deve participar da sucessão. Os pais de Danúbio, por sua vez, em decorrência do grande lapso temporal, não devem figurar na sucessão. Danusa deve herdar a integralidade dos bens.



Gabarito: letra D

Prezados, o tema do Direito das Sucessões sempre foi muito explorado em provas de concurso público, em especial da Defensoria Pública que cotidianamente se vê diante de casos caricatos sobre o tema. Ademais, são muito recorrentes informativos de jurisprudência sobre o tema já que os tribunais superiores têm que se manifestar pacificando as eventuais nuances que se apresentem no caso concreto.

A questão supra busca explorar, não só vários aspectos da temática do Direitos das Famílias e das Sucessões, como também o formato de pergunta longa, com muitos nomes, muitos detalhes, e assertivas sugerindo respostas também longas e detalhadas. Isso tem sido prática usual em perguntas sobre o tema, justamente por envolver uma matéria notadamente prática e que consegue extrair um bom senso de organização e conhecimento do candidato.

Com relação à questão propriamente dita, optei por não comentar cada assertiva em específico, já que é mais produtivo e coerente formarmos um raciocínio conjunto e progressivo de “como a questão deveria ser pensada e resolvida”. As particularidades apresentadas em cada assertiva são as mesmas e possuem um correspondente nas demais opções.

Inicialmente, Danusa poderia ser considerada companheira de Danúbio? Sim. Não há qualquer óbice a esse reconhecimento. Atualmente, muito tem se falado na valorização do afeto, inclusive em Famílias Eudemonistas que são justamente um tipo de família baseada no afeto e não em laços sanguíneos ou parentesco civil. Deve ser ressaltado que, no caso concreto, há a posse de estado de companheiro (bem como ocorre com a paternidade socioafetiva), ou seja, Danusa é tratada (tractus) como se fosse companheira de Danúbio; é conhecida em seu meio social como tal (fama); e ainda utiliza o sobrenome de Danúbio como se fosse seu (nomen).

Urge esclarecer que a ausência de instrumento formalizando a União Estável não é impeditivo absoluto ao seu reconhecimento, já que a lei não exige tal como requisito de constituição. Como já dito, o que deve ser levado em consideração é a situação fática, valorizando-se o afeto.

Ademais, importante registrar que o instrumento de constituição de União Estável é possível de ser confeccionado pelas partes e possui dois objetivos principais. O primeiro deles é o de já formalizar e constituir a União Estável desde o momento de sua celebração, evitando assim a necessidade de ajuizamento de ação de reconhecimento de União Estável por parte de um dos companheiros, bem como qualquer discussão acerca da relação. Já o segundo, e talvez mais relevante, é o de fixar o regime de bens que regerá a relação constituída, já que, assim como ocorre com o casamento, na ausência de



estipulação em sentido diverso, o regime da Comunhão Parcial de Bens é que será o aplicado.

Finalizando, à título de aprofundamento, o STJ já possui posição uníssona no sentido de que esse instrumento de constituição de União Estável, ainda quando altere o regime de bens, não precisa ser realizado por instrumento público, bastando que seja realizado por meio de instrumento particular.

Estabelecida a existência da União Estável entre Danusa e Danúbio (que no caso concreto seria realizada por meio de Ação de Reconhecimento de União Estável), passamos à parte sucessória.

Inicialmente, estabeleçamos quem, em regra, poderá suceder caso haja bens aptos para tanto. Com relação à companheira, tema que foi intensamente debatido não só em sede de tribunais superiores, como também pela doutrina especializada, chegamos ao posicionamento uníssono do Supremo Tribunal Federal de que o artigo 1.790 do CC/02 está eivado de inconstitucionalidade pois prevê tratamento diferenciado e prejudicial ao companheiro se comparado ao cônjuge. No momento, nos ateremos a aceitar o referido julgado sem tecer maiores críticas ou reflexões, já que no caso em tela (e por ser questão objetiva) é justamente essa premissa que nos é interessante.

Desse modo, ao considerarmos Danusa como companheira do de cujus, devemos utilizar como base legal, os dispositivos que regem a sucessão do CÔNJUGE, e não do companheiro, justamente por ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02.

Diante disso, temos que tanto o companheiro (sempre considerando que seu tratamento é idêntico ao do cônjuge) quanto os ascendentes são considerados herdeiros necessários do de cujus, ou seja, devem figurar na sucessão de seus bens. Aplica-se, portanto, o artigo 1.829, II do CC/02 que determina que a sucessão, na ausência de descendentes, defere-se aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge. É justamente, nesse ponto, que a questão ganha contornos de maior dificuldade: quais bens entram na partilha? Em qual proporção? E a meação do cônjuge? Atenção, os próximos passos podem ser considerados um roteiro para a resolução de futuros casos concretos.

Primeira coisa que devemos fazer é: estipular em que bens o companheiro já é meeiro por conta do regime da comunhão parcial de bens. No caso concreto, somente do veículo, que foi adquirido na constância da relação. O imóvel e a quantia recebida por doação são excluídos da comunhão, por força do art. 1.659, I do CC/02; o saldo do FGTS, por sua vez, é excluído pelo inciso VII do referido artigo. De plano, já estabelecemos que Danusa faz jus à R\$ 20.000,00 referentes à sua meação.



Nesse segundo momento, devemos contabilizar todos os bens que restaram e quem participará da sucessão deles. Tem-se assim, o imóvel de R\$ 140.000,00; a metade restante do carro que perfaz R\$ 20.000,00; a doação recebida de R\$ 15.000,00; e o saldo do FGTS de R\$ 5.000,00.

Dúvida que já deve surgir nesse momento: mas o carro entrará na sucessão? E aquele papo de “quem já é meeiro, não pode ser herdeiro”? Queridos, de fato essa premissa existe, mas o legislador somente quis separar, em absoluto, a meação da herança, nos casos de concorrência de cônjuge e descendentes. Apenas. Nesse caso, quando em concorrência com os ascendentes, o cônjuge (e companheiro) primeiro recebe a sua meação, e depois continua participando da sucessão desses bens. Notem que somente o inciso I do art. 1.829 faz menção à esse tratamento diferenciado (determinando que o cônjuge somente herdará nos bens particulares do de cujus); o inciso II, por sua vez, nada fala a respeito, determinando que o cônjuge herdará sob todo o monte partilhável (já excluída a parcela da meação).

Terceiro passo: em que proporção o companheiro sucederá em concorrência com os ascendentes? O artigo 1.837 traz a regra em uma redação complicada, mas que pode ser resumida de maneira bem simples: se ambos os pais do de cujus estiverem vivos, cada um ficará com um terço dos bens; em qualquer outro cenário, o cônjuge herdará metade, e o restante será distribuído aos ascendentes restantes.

Sendo assim, considerando que o monte partilhável é de R\$ 180.000,00 e que cada um dos herdeiros ficará com um terço dos bens, temos que cada um deles herdará R\$ 60.000,00. Entretanto, não se esqueçam, Danusa já fazia jus à sua meação no valor do carro, por esse motivo, soma-se à sua herança os R\$ 20.000,00 referentes à metade do veículo.

Em conclusão, enquanto os pais de Danúbio herdarão, cada um R\$ 60.000,00; Danusa ficará com R\$ 80.000,00.

OBS. Muitos de vocês, ao começarem a leitura, devem ter se preocupado com o “desenho” de resolução da questão já que todos os envolvidos no enunciado tinham o nome iniciado por “Dan”, fato esse que dificultaria a criação de uma árvore genealógica. Entretanto, como todos, exceto Danusa, vinham a óbito, tal problema cai por terra já que ela passa a herdar em concorrência com os ascendentes, que sequer nome possuíam. Dica 1: façam uma leitura superficial e rápida da questão antes de estruturar qualquer cenário. Quem fez isso, certamente poupou tempo valioso ao final da questão. Dica 2: caso, de fato, o examinador coloque nomes parecidos, faça o esquema da questão utilizando P para Pai; M para Mãe; e F1, F2 e assim sucessivamente para os filhos.



49. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

A responsabilidade civil, em breve síntese, consiste no dever de indenizar, reparar o dano que é causado a um terceiro. O CC/02 rege de maneira exaustiva o referido tema, entretanto, os tribunais superiores analisam diariamente uma infinidade de casos traçando novas balizas que devem ser observados pelo aplicador do direito no exercício do seu ofício. Assinale a alternativa que não se coaduna com o entendimento firmado no âmbito dos tribunais superiores:

(A) Os pais de pessoa com esquizofrenia são responsáveis pelos danos causados durante os recorrentes surtos de seu filho, mesmo que esse seja maior e viva sozinho, desde que tenham sido omissos na adoção de qualquer medida com o propósito de evitar a repetição desses fatos.

(B) A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos é substitutiva e exclusiva (não solidária). Já a responsabilidade dos filhos é subsidiária, condicional (e mitigada) e equitativa. Além disso, não há litisconsórcio passivo necessário entre pais e filhos.

(C) A emancipação voluntária não afasta a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelo filho. Tal emancipação é inoponível face à vítima.

(D) A conduta de um adulto que pratica agressão verbal ou física contra criança ou adolescente configura elemento caracterizador de dano moral *in re ipsa*.

(E) A demora de qualquer pessoa em ajuizar ação indenizatória por danos morais, em conjunto com outras circunstâncias, pode influenciar no quantum.

Gabarito: letra E.

Prezados, a temática da responsabilidade civil está muito presente no cotidiano forense, tendo seus conceitos e premissas aplicados à maioria dos casos. O seu tratamento no âmbito do Código Civil de 2002 é bastante minucioso, o que, em tese, facilita o estudo da referida matéria. Entretanto, justamente por essa imensidão de casos concretos que asoberbam o Judiciário brasileiro, muitas são as teses fixadas no âmbito dos tribunais superiores. E notem, em questões envolvendo temáticas com essas características, o examinador tem dado preferência por cobrar as teses presentes nos informativos de jurisprudência. Passemos, portanto, aos julgados em específico:

Assertivas A, B e C corretas. As três assertivas mencionadas serão analisadas em conjunto porque tocam temas muito próximos e serão melhor compreendidas se explicadas num só bloco.



Em breve síntese, a responsabilidade civil exige sempre o preenchimento de 3 (há doutrina que fala em 4) requisitos para configurar o dever de indenizar: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Nesse ponto, vamos nos ater à análise da conduta já que possui relação direta com o sujeito que pratica o ato ilícito.

Assim, o artigo 927 do CC/02 determina de maneira incontroversa que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e o seu parágrafo único também expõe que a culpa será dispensada em certas atividades que envolvam um risco acima do regular.

Ocorre que entendendo a conduta como um comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, em tese, os atos praticados por incapazes são considerados como atos ilícitos que geram o dever de indenizar, todavia, respondem os incapazes por seus atos?

Por mais que não seja objeto direto da questão, vale fazermos algumas observações acerca da Teoria das Incapacidades que foi totalmente reformulada com a vinda do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Atualmente, somente o menor de 16 anos é considerado absolutamente incapaz, devendo ser representado por seus pais (ou representante legal) em seus atos. Já os demais sujeitos presentes nos incisos do artigo 4º do CC/02, são todos considerados relativamente incapazes, devendo ser assistidos por seu representante legal.

Essa questão, traz a figura da Responsabilidade Civil Indireta, que nada mais é do que uma modalidade de responsabilidade civil que não deriva de seus próprios atos. Ou seja, o legislador ordinário determina que certos indivíduos são responsáveis pelos atos de outras figuras, é o caso, por exemplo, dos pais em relação aos atos dos filhos.

Apesar das redações dos artigos 932, I e a do 928, § único, ambos do CC/02 serem bastante incontroversas, o STJ, no seu informativo 599, por meio da sua 4ª Turma reafirmou todas as características abordadas na assertiva B. ou seja, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos é substitutiva e exclusiva (não solidária). Assim, os filhos menores somente serão responsáveis pelos seus atos de maneira subsidiária, condicional e mitigada, bem como em quantia equitativa. Foi também dispensada diretamente a formação de litisconsórcio.

Dúvida que surgiu, na sequência, teve relação com os filhos emancipados: se a emancipação voluntária é ato que concede capacidade civil plena àquele sujeito menor de 18 anos, os pais também estariam eximidos de tal responsabilidade indireta? Entendeu o STJ, no julgamento do REsp 122.573 que não. Justamente por ser um ato voluntário, bem como não ter sido excepcionado expressamente no artigo 932, I (que fala em pais e



filhos menores, e não, incapazes), a vítima não poderia ser prejudicada pela prática do referido ato emancipatório. Em assim sendo, ambos continuam sendo responsáveis indiretos pelos atos de seu filho, não podendo opor a ocorrida emancipação voluntária como uma excludente do dever de indenizar.

Por fim, recentemente a Corte da Cidadania também se debruçou sobre um caso concreto deveras interessante envolvendo pessoa diagnosticada com esquizofrenia, que tinha surtos recorrentes, e que em seu histórico, os pais tinham sido omissos na adoção de qualquer medida ou cautela com o propósito de evitar a repetição desses fatos.

Apesar do filho ser maior e viver sozinho, os pais também poderiam ser inseridos sob a ótica do inciso II do referido artigo 932, já que os curadores respondem pelos atos de seus curatelados. É evidente que diante da própria condição da pessoa esquizofrênica, considerado o seu histórico, os pais deveriam ter tomado atitudes mais ativas para manter o seu filho sob sua guarda e companhia, ou ainda, ajuizar uma ação de curatela buscando proteger ainda mais os interesses desse incapaz.

Foi nesse contexto, que o STJ, por meio de sua 4ª Turma, no informativo 573 proferiu a decisão mencionada, corretamente, na assertiva A.

Assertiva D, correta. Como já mencionado, o dano moral é o dano oriundo de uma lesão a direito da personalidade, excetuados os meros aborrecimentos já que não haveria grande interferência no comportamento psicológico do indivíduo.

Ponto, todavia, mais delicado é: como se dá a comprovação do dano moral? Como poderia a parte comprovar que sofreu uma lesão em seu direito da personalidade? Deveria haver prova em concreto dessa lesão? Seria ela possível, mesmo sem prova pericial? É nesse contexto que a doutrina, com o amparo da jurisprudência pátria, criaram duas figuras: a do dano moral comprovado e a do dano moral in re ipsa.

Em regra, as situações que ainda não foram pacificadas ou analisadas pelas cortes superiores, a parte deverá comprovar os requisitos padrões da responsabilidade civil: conduta, dano e nexos de causalidade, sendo que no caso de dano moral, a parte deverá comprovar a situação que causou o referido dano e o magistrado analisará se aquele fato afeta a higidez psíquico-física daquele sujeito de direitos. Há, portanto, uma presunção de existência de dano moral, analisado somente o fato causador, dispensando-se qualquer análise técnica nesse sentido.

Por sua vez, o dano moral in re ipsa já traz uma presunção de que aquele fato narrado, POR SI SÓ, gera dano moral para o sujeito que o suportou. Não há necessidade de comprovação por parte do sujeito, nem mesmo análise subjetiva por parte do magistrado. Sendo narrado, e comprovado o fato, presume-se a ocorrência do dano. É o caso, por



exemplo, da inscrição indevida nos cadastros restritivos ao crédito. A parte não precisa comprovar que sofreu qualquer vexame; não precisa comprovar que teve o crédito negado; porque os tribunais já presumiram que a mera inscrição já gera dano moral pleiteado. Portanto, cabe a parte somente comprovar que a inscrição foi ilegítima.

Em conclusão, no caso em tela, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no informativo 598 entendeu que caso a parte lesada comprove que o adulto praticou agressão verbal contra criança ou adolescente, o dano moral será julgado procedente.

Assertiva E, incorreta. O referido julgado proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça foi divulgado no corpo do informativo 611 e foi alvo de intensas críticas por parte da doutrina especializada.

De fato, entendeu aquela corte, que o dano moral poderia sim sofrer uma desvalorização na sua quantificação caso a ação demorasse a ser ajuizada pela parte lesada. Entretanto, a Corte da Cidadania acaba criando, inadequadamente, uma vinculação (ou relação) entre o dano moral suportado e o ajuizamento “tempestivo” da ação que sequer existe em qualquer obra jurídica dedicada ao tema.

O efeito que o tempo (de inércia, no caso) pode gerar sobre algum direito deve ser tratado exclusivamente por meio de lei. É o caso, por exemplo, da decadência e da prescrição que são devidamente previstos no ordenamento pátrio, reafirmando a velha premissa de que “o direito não socorre aqueles que dormem”.

Por consequência, caso não haja o decurso do prazo decadencial ou prescricional naquela hipótese em análise, não haveria qualquer óbice à demanda nem qualquer lesão àquele direito.

Todavia, o que os tribunais superiores tentaram fazer (e de fato fizeram) foi criar um novo parâmetro a ser considerado pelos magistrados na quantificação do dano moral. Como já exposto, a lei não prevê parâmetros concretos para a aferição do quantum debeat na hipóteses de dano moral, cabendo à doutrina e à jurisprudência a fixação dos mesmos.

Entenderam assim os Ministros que a parte que demora tempo considerável (ou que extrapola um mínimo razoável) para o oferecimento da demanda já demonstra que o referido dano moral não foi tão grave quanto o alegado na exordial.

É evidente, que o decurso do tempo não merece ser visto de maneira independente, mas sim “em conjunto com outras circunstâncias”. É por essa razão, que, acertadamente, o STJ já determinou que o referido entendimento não se aplicaria aos menores de 18 anos à época dos fatos, já que nesse momento há uma série de minúcias e impedimentos que podem autorizar uma espera por parte da pessoa lesada.



Apenas à título de exemplo, caso uma criança ou adolescente suporte danos morais e queira ingressar com uma demanda judicial naquele momento, primeiro haveria a necessidade dele ser assistido ou representado por seu representante legal, e também não teria o rito dos Juizados Especiais à sua disposição em decorrência da vedação legal.

50. Sobre os contratos bancários nas relações de consumo, assinale a assertiva incorreta:

As discussões acerca da Posse e seus requisitos são de longa data. Savigny e Ihering foram os doutrinadores que deram início a tal discussão, dividindo as concepções acerca da Posse em Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva. Já em 2002 o legislador ordinário brasileiro, adotou expressamente uma das teorias na redação do Código Civil. Entretanto, com o passar dos anos e com a evolução do chamado Direito Civil Constitucional, vozes surgiram na doutrina encampando a chamada Teoria Sociológica da posse. Dentro desse contexto, assinale a alternativa correta:

- (A) A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
- (B) À luz da Teoria Objetiva, a posse é dotada de dois elementos fundamentais: o corpus e o animus domini.
- (C) À luz da Teoria Subjetiva, a posse é dotada de dois elementos fundamentais: o corpus (que difere do corpus da outra teoria) e a affectio tenendi.
- (D) A Teoria Sociológica busca ressaltar a função social da posse, todavia ainda reconhece a hierarquia existente entre posse e propriedade.
- (E) O direito brasileiro contempla a teoria sociológica da posse, notadamente em dispositivos da Constituição Federal, todavia, o Código Civil não possui manifestações de tal teoria.

Gabarito: letra A.

Prezados, a temática da Posse é matéria que muito me fascina e tem sido muito exigida em provas para concurso público, não só pela sua vasta produção doutrinária, como também pela importância com o que tema possui com a resolução de casos práticos.

Vale ressaltar que os tribunais superiores, em especial o STJ, possuem uma quantidade bastante considerável de julgados acerca do tema, trazendo tanto conceitos doutrinários mais bem delineados, como também aplicações práticas das teorias sociológicas.



Todavia, como os referidos julgados são sempre alvo de muita atenção durante nossos estudos, e também, não temos maiores dificuldades em entendê-los, na essência, optei por cobrar uma questão mais focada em letra de lei e doutrina, que certamente ganha contornos de maior dificuldade na sua resolução.

Assertiva A, correta. O artigo 5º, XXIII da Constituição Federal contempla a função social da propriedade como direito fundamental sem citar especificamente a função social da posse. Todavia, a referida previsão determina de maneira incontroversa que haja uma relativização do direito de propriedade, ou seja, a propriedade há de ser protegida DESDE QUE ela respeite a sua função social. E é justamente essa relativização do direito de propriedade (não mais o vendo como uma espécie de direito absoluto) que serve de premissa básica para a teoria sociológica da posse.

Feito esse esclarecimento, vocês podem estar se perguntando: “ok, mas porque a questão nos trouxe uma assertiva sobre cumprimento da função social da propriedade, e logo ela é a verdadeira?”. Por dois motivos básicos: i. a assertiva traz a mera redação do artigo 182, §2º da Constituição Federal e ii. esse artigo em específico é MUITO cobrado em provas, e é fácil você considerá-lo (equivocadamente) incompleto e deixar de marca-lo.

Eu mesmo, por diversas vezes, errei em questões que traziam o artigo 182, §2º da CF/88 por considerar a assertiva incompleta. Sempre que eu fazia a leitura da assertiva, pensava, “ok, essas são algumas formas de cumprir a função social da propriedade, mas não as únicas” ou “será que atendidas essas condições a função social da propriedade estará devidamente cumprida?”.

Tal raciocínio ocorre justamente por ser a Função Social um conceito jurídico indeterminado e que não possui tipificação exaustiva com relação aos seus requisitos. Sendo assim, em regra, sempre analisamos o caso concreto a fim de verificar se o titular daquele direito, o exerce de maneira adequada, cumprindo as finalidades sociais que o restante da comunidade espera que o mesmo faça.

Entretanto, no que toca à Propriedade Urbana, a Constituição Federal, no artigo supramencionado, traça parâmetros concretos a fim de auxiliar em tal verificação. Desse modo, se atendidos os referidos requisitos, cumprida está a função social daquela propriedade.

Sendo assim, decorem o §2º do artigo 182 da CF/88 e, quando cobrado, apenas verifiquem se o examinador não inseriu alguma expressão extra a fim de tornar a assertiva incorreta, como por exemplo, “apenas”, “de maneira exclusiva” ou “somente”.

Assertiva B e C, incorretas. Os conceitos da posse para a teoria subjetiva e para a teoria objetiva estão invertidos. Analisemos, então, cada um dos conceitos de maneira separada.



À luz da teoria subjetiva de Savigny a posse é dotada de dois elementos: corpus e animus domini. Corpus significa o poder físico, o contato material com a coisa, enquanto o Animus Domini demonstra a intenção de ser proprietário. Então, para Savigny, posse é o poder físico que se exerce sobre a coisa com a intenção de ser proprietário. Todavia, essa teoria despertou duas críticas fundamentais: i. além da dificuldade probatória, a supervalorização do elemento subjetivo vai contra a tendência do direito civil contemporâneo, já que a vontade humana passa a ter valor relativo, deixando de ser absoluto (bem como ocorreu com a boa-fé que passa de subjetiva à objetiva); e ii. o animus domini não se compatibiliza com uma série de situações em que evidentemente há posse, todavia, sem que o titular queira ser dono. É o caso, por exemplo do comodatário, do locatário, do usufrutário, entre outros. Para Savigny e sua teoria, todos eles deixam de ser possuidores diretos para serem meros detentores. É com base nesse cenário e nessas críticas que surge a teoria de Ihering.

À luz da teoria objetiva de Ihering, a posse tem 2 elementos: o corpus e a affectio tenendi. Analisemos primeiro o conceito de corpus, que não se confunde com o corpus presente na teoria subjetiva. Corpus para Ihering significa poder de fato, ou seja, destinar o bem à sua função econômica social, sendo dispensado o poder físico sobre o bem. Por sua vez, a affectio tenendi representa a ideia de que o possuidor deve utilizar o bem como se proprietário fosse. Não se exige, portanto, que o possuidor tenha a intenção de ser o proprietário, mas sim, que se comporte como se dono fosse.

Cabe ainda ressaltar que Caio Mário sustenta que “utilizar o bem como se proprietário fosse” é justamente utilizá-lo de acordo com a sua função econômico-social, ou seja, a affectio tenendi estaria embutida na própria definição de corpus.

Por fim, uma terceira e última característica dessa teoria: há uma relação de hierarquia entre posse e propriedade, prevalecendo essa última. O Código Civil de 2002 adotou, no artigo 1.196, a teoria objetiva de Ihering.

Assertivas D e E, incorretas. Ambas as assertivas tratam da Teoria Sociológica da Posse e estão parcialmente incorretas. A teoria sociológica da posse busca justamente ressaltar a função social da posse fundada em uma série de dispositivos constitucionais como o artigo 1º, III que trata sobre a dignidade da pessoa humana; o artigo 6º que trata a moradia como direito social autônomo; o artigo 5º, XXIII que contempla a função social da propriedade, relativizando portanto o direito (antes visto como absoluto) da propriedade; bem como os artigos 183 e 191 que tratam da usucapião especial rural e urbana que pressupõem a função social da posse.

Além disso, premissa básica da Teoria Sociológica da Posse é justamente a ausência de hierarquia entre a posse e a propriedade. Se essa última não deve ser vista como um direito absoluto, e há mandamento constitucional “exigindo” o atendimento da função



social da posse e da propriedade, temos somente dois direitos “reais” (em que pese doutrina contrário não vendo a posse como direito real) distintos. Para essa teoria, num eventual conflito entre um proprietário que não cumpre a função social, e um possuidor que o faz, merecerá tutela a posse.

Por fim, com relação ao erro da última assertiva, já pudemos ver que há uma série de previsões constitucionais que adotam a teoria sociológica da posse, conferindo privilégios ao exercício da posse cumprindo a sua função social, inclusive se confrontada com o direito de propriedade. Mas e no CC/02, temos manifestações da referida teoria? A resposta é sim. Alguns exemplos que podem ser citados são: o artigo 1.238, § único; o artigo 1.242, § único; o artigo 1.228, §§ 4o e 5o; o artigo 1.197, parte final; e o artigo 1.210, §2o são todos exemplos em que temos o exercício da posse recebendo certo “privilégio” ou tratamento diferenciado quando o exercício da posse é cumulado ao cumprimento da função social.

Direito Processual Civil

51. Considerando o caso hipotético a seguir, analise as assertivas apresentadas e assinale a alternativa correta:

Amanda ajuizou, na Comarca de Tupã/SP, Ação de Cobrança em face de Ramon, afirmando que o réu, domiciliado no Município de Registro/SP, deixou de adimplir a dívida contraída junto à autora na data aprazada, sendo certo que no negócio jurídico que originou o débito foi convencionado que o pagamento seria realizado no domicílio do devedor. Recebida a inicial pelo Juízo Cível da Comarca de Tupã/SP em 03/03/2020, foi determinada a citação do réu e designada Audiência de Conciliação para o dia 06/04/2020, havendo a citação do réu em 16/03/2020, oportunidade em que é atendido por você, defensor público em Registro/SP, e pleiteia a prestação do serviço de assistência jurídica. Diante desse cenário, é correto afirmar:

I – Deve-se apresentar contestação, a ser ofertada no prazo de trinta dias úteis, requerendo a redesignação da audiência, uma vez que não foi observado o prazo mínimo entre a citação do réu e a data da audiência.

II – Diante da incompetência territorial do Juízo da Comarca de Tupã/SP, a contestação a ser apresentada por Ramon poderá ser protocolizada perante o Juízo de Registro/SP se alegada a incompetência relativa, ficando este Juízo prevento para o conhecimento da causa na hipótese de acolhimento da preliminar.

III – Ainda que as alegações autorais não sejam impugnadas pormenorizadamente por Ramon, não incidirá a presunção de veracidade em relação às mesmas, uma vez que os



defensores públicos são dispensados do ônus de impugnação específica das alegações autorais.

IV – Não apresentada contestação por Ramon no prazo legal, o Juízo deverá decretar a sua revelia, presumindo-se verdadeiras as alegações autorais e fluindo os prazos da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

- (A) I e II estão corretas.
- (B) I e IV estão corretas.
- (C) somente a II está correta.
- (D) I, II e III estão corretas.
- (E) somente a I está correta.

Gabarito: Letra C

Meus caros, bom dia/boa tarde/boa noite a todxs!

Meu nome é Yago e gostaria de me colocar à disposição de vocês para ajudar no que for possível nessa caminhada até a Defensoria Pública! Para entrar em contato basta enviar um e-mail para yago_wcft@hotmail.com, ok? Como o tempo é curto para todos nós, vamos aos comentários da questão!

Os concursos da Defensoria Pública, em especial o da DPE-SP, costumam avaliar os conhecimentos jurídicos dos candidatxs através de casos concretos, sendo esse o motivo pelo qual a presente questão foi formulada dessa forma. Nesta questão, o tema a ser trabalhado era a contestação, devendo-se atentar que atualmente o processo civil precisa ser analisado conjuntamente com os princípios institucionais da Defensoria Pública, já que o regime jurídico da DP influi sobre o tratamento processual da Instituição e seus usuários.

Ultrapassado esse introito, vamos às assertivas:

I – Deve-se apresentar contestação, a ser ofertada no prazo de trinta dias úteis, requerendo a redesignação da audiência, uma vez que não foi observado o prazo mínimo entre a citação do réu e a data da audiência.

O CPC/15 alterou o paradigma vigente no processo civil brasileiro e optou por privilegiar os métodos adequados de solução de conflitos, em especial a conciliação e a mediação (art.3º, §3º, do CPC), adotando, assim, a doutrina da chamada justiça multiportas. Nesse



sentido, uma das principais inovações do procedimento comum em relação ao antigo procedimento ordinário (CPC/73) foi a previsão da realização de uma audiência de conciliação/mediação previamente à apresentação de resposta pelo réu, consoante disposto no caput do art.334:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Como a redação do dispositivo deixa claro, a referida audiência deve ser designada com um intervalo mínimo de 30 dias da data da decisão, observado, ainda, o prazo de 20 dias de antecedência entre a citação do réu e o ato. Nesse contexto, as questões que se colocam são as seguintes: a) os prazos mencionados são processuais ou materiais? e b) tais prazos são contados em dobro quando a representação jurídica do réu é exercida pela Defensoria Pública?

No que toca à primeira questão (“a”), a doutrina de Leonardo Greco sustenta que os prazos de 20 dias entre a citação e a audiência, e de 30 dias entre a designação e a realização da audiência, caracterizam prazo processual regressivo, consistente no período de tempo previsto em Lei que deve escoar para que determinado ato processual seja validamente praticado, o que é igualmente defendido por Franklyn Roger Silva e Diogo Esteves. Logo, o prazo de 20 dias deve ser contado em dias úteis, consoante disposto no art.219 do CPC, de forma que o Juízo de Tupã/SP, de fato, equivocou-se ao designar a audiência para o dia 06/04/2020, eis que transcorridos apenas 20 dias corridos entre a data da citação de Ramon e o ato processual.

Outrossim, Silva e Esteves também aduzem que o prazo de 20 dias entre a citação do réu e a audiência devem ser contados em dobro quando o réu for usuário da Defensoria Pública (questão “b”), haja vista a incidência de prerrogativa de contagem em dobro de todos os prazos processuais prevista nos arts.128, I, da LC 80/94, e 186 do CPC. Nesse sentido, eis as exatas palavras dos defensores públicos fluminenses:

“Por possuir a natureza jurídica de prazo processual regressivo, o período de 20 dias entre a citação do réu e a data da audiência de conciliação ou de mediação (art.334, caput, do CPC/2015) deve sofrer naturalmente a incidência da prerrogativa de prazo em dobro estabelecida nos arts.44, I, 89, I e 128, I, da LC 80/94 e 186 do CPC/2015.” (Princípios Institucionais da Defensoria Pública, pág. 676)

Não obstante, os autores advertem que:



“(....) embora ainda não exista material doutrinário ou jurisprudencial capaz de retratar adequadamente a controvérsia, devemos ressaltar que vozes autorizadas vêm sustentando que a prerrogativa de prazo em dobro não deveria ser aplicada ao art.334, caput, do CPC/2015, pois a intimação seria apenas para comparecimento em audiência, caracterizando ato a ser praticado pela própria parte.”

Dessarte, a designação da audiência pelo Juízo de Tupã/SP com 20 dias corridos (e não dias úteis) de antecedência entre a citação de Ramon e a data do ato também violou a prerrogativa de prazo em dobro da Defensoria Pública.

No que pese tais considerações, a assertiva está errada em razão do instrumento processual mencionado para a impugnação do ato judicial.

Com efeito, a contestação consiste na peça de defesa do réu por excelência, devendo ser apresentada no prazo de quinze dias (art.335, caput, do CPC/15), o qual é contado em dobro para a Defensoria Pública (art.128, I, da LC 80/94 e art.186 do CPC/15), totalizando 30 dias úteis. Contudo, o termo inicial para o oferecimento da contestação é a frustração da audiência de mediação (art.335, I, do CPC/15), de modo que a apresentação da peça de bloqueio anteriormente à realização da audiência se mostra inoportuna, bastando a mera protocolização de petição simples requerendo a redesignação do ato, se presente prejuízo aos interesses do réu. Nesse sentido:

“Todavia, mesmo que circunstâncias ordinárias acabem fazendo com que a citação do réu ocorra menos de 40 (quarenta) dias antes da audiência, caso o membro da Defensoria Pública entenda ter havido prejuízo à prestação da assistência jurídica gratuita à parte patrocinada, poderá requerer a redesignação do ato por violação da prerrogativa de contagem duplicada dos prazos. Nada impede, porém, que a audiência seja normalmente realizada, desde que o Defensor Público se manifeste expressamente acerca da ausência de prejuízo para o comparecimento à audiência na data originalmente aprazada, seja por petição, seja na própria audiência que, eventualmente, não tenha sido cancelada.” (Princípios Institucionais da Defensoria Pública, pág.677)

Para além, não se pode descurar que cabe à Defensoria Pública promover, prioritariamente, os métodos consensuais de solução de conflitos (art.4º, II, da LC 80/94), o que não se coaduna com a oposição prematura de resistência ao pedido autoral.

Isto posto, a afirmativa I está errada.

II – Diante da incompetência territorial do Juízo da Comarca de Tupã/SP, a contestação a ser apresentada por Ramon poderá ser protocolizada perante o Juízo de Registro/SP se alegada a incompetência relativa, ficando este Juízo prevento para o conhecimento da causa na hipótese de acolhimento da preliminar.



Nos dizeres de Alexandre Câmara,

“Competência são os limites dentro dos quais cada juízo pode, legitimamente, exercer a função jurisdicional. É, em outros termos, a legitimidade do órgão jurisdicional para atuar em um processo, devendo ser compreendida como sua específica aptidão para exercer função jurisdicional naquele processo específico que perante ele se tenha instaurado.” (O Novo Processo Civil Brasileiro – pág.49)

Nessa ordem de ideias, o próprio CPC divide a incompetência em absoluta e relativa (art.64), cabendo ao réu alegá-la em preliminar de contestação, conforme disposto no art.337, II, do CPC. Assim, foi superado o modelo do CPC/73, o qual exigia que a alegação da incompetência relativa se desse através de exceção.

No caso em tela, Amanda ajuizou a Ação de Cobrança em desfavor de Ramon na Comarca de Tupã/SP, porém tanto o cumprimento da obrigação deveria se dar em Registro/SP quanto o réu é domiciliado neste Município. Nessa toada, seja pelo art.53, III, “d”, do CPC/15, seja pelo art.46, caput, do mesmo diploma, há de se concluir pela incompetência territorial do Juízo de Tupã/SP, devendo o feito tramitar perante a Comarca de Registro/SP. Ademais, considerando que a incompetência na espécie é relativa, cabe ao réu alegá-la em sede de contestação e requerer o declínio para Juízo competente, sob pena de preclusão da matéria e prorrogação da competência do Juízo de Tupã/SP (art.65, caput, do CPC).

Lado outro, a alegação de incompetência permite que o réu protocolize a contestação junto ao foro de seu domicílio e, se acolhida a preliminar, o Juízo perante o qual houve a apresentação da contestação torna-se prevento para o processamento e julgamento do feito, conforme a sistemática do art.340 do CPC/15, que ora se transcreve:

Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa.

§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento.

§ 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.



§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.

Por conseguinte, Ramon poderia apresentar sua contestação, alegando a incompetência relativa do Juízo de Tupã/SP, perante o Juízo de Registro/SP, ficando este prevento para a causa se acolhida a preliminar.

Assim, a afirmativa está correta.

III – Ainda que as alegações autorais não sejam impugnadas pormenorizadamente por Ramon, não incidirá a presunção de veracidade em relação às mesmas, uma vez que os defensores públicos são dispensados do ônus de impugnação específica das alegações autorais.

Na esteira do disposto no art.341 do CPC, cabe ao réu a impugnação especificada das alegações autorais em sede de contestação, sob pena de presumir-se verdadeiras as não impugnadas, originando-se dessa norma o chamado ônus da impugnação especificada dos fatos.

Sobre o tema, uma das inovações trazidas pelo CPC/15 foi a previsão, no parágrafo único do art.341 do CPC, da dispensa do referido ônus em relação ao defensor público, autorizando-se o defensor, em uma primeira leitura, a se valer da famigerada “contestação por negativa geral” em qualquer hipótese. Assim, ficaria a juízo do defensor a utilização ou não da prerrogativa.

A novidade legislativa foi alvo de severas críticas doutrinárias, uma vez que a apresentação indiscriminada de contestações genéricas pela Defensoria Pública ensejaria, inegavelmente, uma grave violação aos direitos de seus usuários. Nesse sentido, Silva e Esteves afirmam que:

“Ao afirmar que o Defensor Público pode apresentar defesa genérica, o art.341, parágrafo único, do CPC/2015, permite que réu hipossuficiente receba assistência jurídica qualitativamente inferior àquela prestada aos economicamente privilegiados, que possuem condições financeiras de arcar com o pagamento de advogado particular.

(...)

Além de violar o direito constitucional à assistência jurídica integral e gratuita, a regra do art.341, parágrafo único, do CPC/2015 transgredir também o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa (art.5º, LV, da CRFB).

(...)



Do mesmo modo, o art.341, parágrafo único, do CPC/2015 viola também o princípio da isonomia (art.5º, caput, da CRFB), criando diferenciação de tratamento arbitrária e injustificável.

(...)

(...) o fator de desigualação não possui correlação lógica abstrata com a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado criado pelo art.341, parágrafo único, do CPC/2015. As dificuldades geradas pelo grande volume de trabalho e pela deficiência estrutural da Defensoria Pública devem ser contornadas através de outros mecanismos processuais alternativos, como a eventual dilação do prazo para resposta (art.139, inciso VI, do CPC/2015).

(...)

De forma indireta, a regra insculpida no art.341, parágrafo único, do CPC/2015 também acarreta a violação ao princípio da duração razoável do processo, previsto no art.5º, LXXVIII, da CRFB. Isso porque a dispensa do ônus da impugnação especificada conduz a uma série de consequências no desenvolvimento da relação processual, com reflexos diretos sobre sua duração.

(...)

Por fim, o art.341, parágrafo único, do CPC/2015 viola o art.8º, item I, da Convenção Americana sobre Direitos humanos (...).

(...)

Portanto, a dispensa do ônus da impugnação especificada dos fatos somente deve ser admitida quando restar inviabilizada a obtenção das informações defensivas necessárias à adequada elaboração da resposta pormenorizada”.(Princípios Institucionais da Defensoria Pública, págs.760-765)

Desse modo, considerando que Ramon buscou a Defensoria Pública no mesmo dia em que citado e não foi apresentado qualquer elemento que impedisse a adequada formulação da contestação, conclui-se pela inaplicabilidade da dispensa do art.341, parágrafo único, do CPC, ao caso.

Assim, a afirmativa está errada.

IV – Não apresentada contestação por Ramon no prazo legal, o Juízo deverá decretar a sua revelia, presumindo-se verdadeiras as alegações autorais e fluindo os prazos da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.



A assertiva consiste em uma junção parcial dos arts.344 e 346, caput, do CPC, in verbis:

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

No que pese o acerto da primeira parte da assertiva – a qual traz o efeito material da revelia (presunção de veracidade das alegações autorais – art.344 do CPC) – o seu final, referente ao efeito processual da revelia (início da contagem dos prazos processuais do réu revel sem patrono constituído nos autos a partir da publicação dos atos decisórios na imprensa oficial – art.346 do CPC), não se aplica no caso em tela. Isto porque Ramon buscou os serviços da Defensoria Pública e esta, por força dos arts.128, I, da LC 80/94 e 186, §1º, do CPC, goza da prerrogativa de intimação pessoal. Ademais, Ramon elegeu a Defensoria Pública para seu patrocínio, sendo equivocado afirmar que não ostentava “patrono constituído nos autos”.

Assim, ainda que Ramon deixe de apresentar contestação e seja considerado revel, é certo que o órgão da Defensoria Pública deve continuar a ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, de sorte que a afirmativa está errada.

Em conclusão, a resposta correta é a letra c.

52. Acerca do mandado de segurança, assinale a alternativa incorreta:

(A) Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

(B) O mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo da ação de cobrança, não produzindo efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

(C) A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.



(D) Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

(E) Não é possível a desistência do mandado de segurança pelo impetrante após a prolação de sentença de mérito denegando a segurança.

Gabarito: Letra E

Na presente questão vamos abordar diversos entendimentos jurisprudenciais acerca do mandado de segurança.

Com efeito, o mandado de segurança é um procedimento especial previsto expressamente na Constituição Federal (art.5º, LXIX), possuindo origem na Constituição de 1934 e sendo atualmente regulado pela Lei nº 12.016/09, a qual positivou diversos entendimentos do STF sobre a matéria. Como principais características do MS, pode-se citar: a) o prazo decadencial de 120 dias para sua impetração (art.23 da LMS) ; b) a vedação à dilação probatória, exigindo-se, portanto, a apresentação de prova pré-constituída; c) o seu cabimento para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; e d) o não cabimento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios (art.25 da LMS e súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Feitas essas breves considerações, passaremos a análise das alternativas:

a) Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

A presente assertiva é uma reprodução do enunciado 628 da súmula do STJ.

Sobre o entendimento da Corte Superior, vale a transcrição dos comentários do Dizer o Direito:

“Autoridade coatora

O mandado de segurança é impetrado contra o ato de uma autoridade coatora.

Nesse sentido, veja o que diz o art. 5º, LXIX, da CF/88:



LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

No mesmo sentido é a redação da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009):

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

E quem é a autoridade coatora, no caso concreto?

Considera-se autoridade coatora:

- a pessoa que praticou o ato impugnado; ou
- a pessoa da qual emanou a ordem para a sua prática (pessoa que mandou o ato ser praticado).

Petição inicial

Na petição inicial do MS deverá ser expressamente indicada quem é a autoridade coatora:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Indicação errada da autoridade coatora

A Administração Pública é cheia de meandros, setores, gerências, departamentos e outras subdivisões, de forma que nem sempre é uma tarefa fácil identificar, com exatidão, quem foi o responsável pela ordem.



Diante disso, na prática, verificava-se que o indivíduo impetrava o mandado de segurança indicando, por exemplo, como autoridade coatora, o diretor de determinado departamento da Secretaria de Estado.

Nas informações do mandado de segurança, este diretor vinha dizendo que a indicação da autoridade foi errada, considerando que o responsável pelo ato seria o subdiretor. Ao final, a autoridade pedia que o mandado de segurança fosse extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva.

Teoria da encampação

Situações como a acima expostas, não se revelam razoáveis, tendo em vista que o mandado de segurança é um remédio constitucional idealizado para a garantia de direitos, não podendo seu acesso ser inviabilizado por dificuldades burocráticas de se identificar o verdadeiro autor do ato impugnado na Administração Pública.

Diante desse cenário, há muitos anos, a doutrina e a jurisprudência idealizaram a chamada “teoria da encampação”, por meio da qual se busca relativizar esse “erro” na indicação da autoridade coatora, desde que cumpridos determinados requisitos.

Primeiros precedentes

Essa teoria da encampação não se encontra expressamente regulamentada em lei.

Dessa forma, o STJ construiu três requisitos para que ela seja aceita.

Um dos primeiros precedentes do STJ a discorrer, de forma sistematizada, sobre tais requisitos foi em 2008, no RMS 12.779/DF (o STJ já havia tratado sobre a teoria, mas sem organizá-la em requisitos no MS 10.484/DF, do ano 2005).

No RMS 12.779/DF, a situação concreta foi a seguinte:

Determinada Fundação Educacional e Cultural impetrou mandado de segurança indicando como autoridade coatora o Ministro de Estado da Previdência Social.

Como o MS era contra Ministro de Estado, ele foi ajuizado no STJ (art. 105, I, “b”, da CF/88).

A impetrante alegou que seu “Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social” (CEBAS) foi indevidamente cancelado e, com isso, a Fundação ficou sem poder gozar dos benefícios da imunidade tributária.

O Ministro da Previdência Social apresentou as informações no mandado de segurança dizendo que:



- o documento cancelando o CEBAS foi assinado pelo Chefe da Seção de Orientação da Arrecadação Previdenciária (e não por ele, Ministro). Logo, a impetrante teria indicado a autoridade errada.
- caso não se concorde com isso, a segurança não deve ser concedida porque esse cancelamento observou a lei e a impetrante não tem direito realmente ao CEBAS.

Requisitos

O STJ, ao apreciar este caso acima relatado (RMS 12.779/DF), afirmou que são três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança:

- a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado;
- b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e
- c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.
 - a) vínculo hierárquico entre as autoridades

No caso concreto, o Ministro da Previdência alegou que quem praticou o ato foi o Chefe de Arrecadação Previdenciária. Está certo. No entanto, esse Chefe de Arrecadação está subordinado hierarquicamente ao Ministro, de forma que o primeiro requisito da teoria da encampação está preenchido.

- b) defesa do mérito do ato

O segundo requisito para a aplicação da teoria é que a autoridade que foi indicada no MS e que apresentou as informações tenha se manifestado a respeito do mérito do ato impugnado.

Esse requisito também foi preenchido, considerando que o Ministro afirmou, expressamente, que o ato praticado foi legal e que a impetrante não teria direito.

- c) ausência de modificação de competência

Esse terceiro requisito significa o seguinte:

A autoridade indicada no MS foi “A”. No entanto, a autoridade que praticou o ato realmente foi “B”.

Se o mandado de segurança tivesse sido impetrado contra a autoridade correta (ou seja, contra “B”), esta ação estaria tramitando perante o mesmo juiz ou Tribunal que está agora?



O mandado de segurança proposto contra “A” é julgado pelo mesmo juízo que julgaria o mandado de segurança impetrado contra “B”? Se a resposta for sim para essas perguntas, o terceiro requisito está preenchido.

Por outro lado, se a Constituição Federal prever que o mandado de segurança impetrado contra a autoridade “A” é julgado pelo Tribunal e que o mandado de segurança contra a autoridade “B” é de competência da 1ª instância, neste caso, não será possível aplicar a teoria da encampação. Isso porque, na prática, estaria havendo uma burla às regras de competência. A parte autora poderia, de forma maliciosa, indicar autoridade errada para escolher outro juízo que não fosse o natural.

No caso concreto acima explicado (RMS 12.779/DF), este terceiro requisito não foi preenchido e, por isso, a teoria da encampação não pode ser aplicada.

O mandado de segurança contra o Ministro da Previdência era de competência do STJ. Por outro lado, o mandado de segurança contra o Chefe de Arrecadação Previdenciária deveria ter sido impetrado perante um juiz federal de 1ª instância (art. 109, VIII, da CF/88).

Logo, se fosse admitida a teoria da encampação, teríamos uma modificação da competência que é prevista na Constituição Federal.

Veja trecho da ementa:

(...) 1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado.

2. O ato coator apontado foi exarado pelo Chefe da Seção de Orientação da Arrecadação Previdenciária, da Delegacia da Receita Previdenciária de Niterói/RJ, vinculada à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

3. O conhecimento do writ esbarra na alteração de competência estabelecida pela Carta da República. (...)

STJ. 1ª Seção. MS 12.779/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13/02/2008.

E se houver modificação de competência prevista na Constituição Estadual?

As Constituições Estaduais também trazem regras de competência para mandado de segurança.



Como exemplo, em geral, as Cartas estaduais preveem que os mandados de segurança impetrados contra Governador e Secretários de Estado são de competência do Tribunal de Justiça.

É possível adotar a teoria da encampação mesmo que haja uma modificação de competência estabelecida em Constituição Estadual?

Não. Apesar de a letra “c” da Súmula falar apenas em Constituição Federal, podemos encontrar inúmeros julgados do STJ afirmando que a teoria da encampação também não se aplica se isso implicar em mudança das regras de competência definidas na Constituição Estadual. Ex: o autor impetrou, no TJ, mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Educação; ocorre que o ato foi praticado por um diretor de departamento pedagógico (que é julgado em 1ª instância); logo, mesmo que o Secretário defenda o ato nas informações do MS, ainda assim o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito.

Nesse sentido:

(...) Revela-se incabível falar em aplicação da teoria da encampação, uma vez que a indevida presença do Secretário da Fazenda no polo passivo do Mandado de Segurança modificaria a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição do Estado.
(...)

STJ. 1ª Turma. AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 23/08/2018.” (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula 628-STJ. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/619427579e7b067421f6aa89d4a8990c>>. Acesso em: 25/02/2020)

Assim, a alternativa está correta.

b) O mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo da ação de cobrança, não produzindo efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

A presente alternativa é uma junção de duas súmulas do STF. Veja-se:

Súmula 269-STF: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 271-STF: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.



Consoante os verbetes permitem entrever, os Tribunais Superiores possuem entendimento consolidado no sentido de que o mandado de segurança não pode ser manejado para a cobrança de valores, sob pena de desvirtuamento de sua estatura constitucional. Nesse sentido, o STF/STJ afirmam que o mandado de segurança é um procedimento especial de cunho constitucional erigido em favor da pessoa humana com o objetivo de afastar uma ilegalidade, não se prestando, por esse motivo, à simples cobrança de valores pretéritos devidos ao impetrante.

Não obstante, é certo que, obtida a concessão da segurança, o impetrante terá direito aos valores devidos desde a impetração, devendo buscar eventual saldo remanescente, referente a período anterior à impetração, através de ação de cobrança. Em outras palavras, impetrado um mandado de segurança por Maria, servidora pública, objetivando o pagamento de determinada vantagem, a concessão da segurança ao final do procedimento ensejará o pagamento retroativo do valor devido desde a data da impetração, cabendo à impetrante buscar através da via adequada eventuais valores anteriores a essa data. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. EFEITOS. TERMO INICIAL. DATA DA IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Segundo a atual e predominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "os efeitos financeiros, por ocasião da concessão da segurança, devem retroagir à data de sua impetração, devendo os valores pretéritos ser cobrados em ação própria." (EDcl no MS 21.822/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2017, DJe 30/08/2017).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (Aglnt no REsp 1481406/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018)

Ademais, o referido entendimento encontra supedâneo na própria Lei nº 12.016/09:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

(...)

§4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.



Para além, vale destacar que o STJ entende que o pagamento dos valores retroativos devidos entre a impetração e a implementação da segurança deve ser realizada através de precatório/RPV, e não de folha suplementar:

No mandado de segurança impetrado por servidor público contra a Fazenda Pública, as parcelas devidas entre a data de impetração e a de implementação da concessão da segurança devem ser pagas por meio de precatórios, e não via folha suplementar. STJ. 2ª Turma. REsp 1522973-MG, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 4/2/2016

Assim, a alternativa está correta.

c) A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.

Em regra, não é cabível a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial quando cabível recurso em face da mesma, estando essa regra prevista no art.5º, II, da LMS e consolidada no enunciado 267 da súmula do STF . Segundo tal entendimento, o mandado de segurança não pode ser utilizado sucedâneo recursal, de modo que, existindo recurso em face da decisão, descabe a impetração da segurança .

Não obstante, na hipótese do terceiro prejudicado o STJ entende que é inexigível a interposição de recurso, permitindo-se, assim, que o terceiro se valha do mandado de segurança para impugnar a decisão que lhe foi desfavorável, estando esse entendimento consolidado no verbete 202 do referido Tribunal . Deveras, o recurso do terceiro prejudicado está previsto no art.996 do CPC/15, caracterizando-se não como uma nova modalidade recursal (não é uma espécie recursal ao lado da apelação, agravo de instrumento, RE, REsp e etc), mas sim o direito do terceiro recorrer da decisão que o prejudica utilizando dos recursos previstos em Lei (agravo de instrumento, apelação, REsp e RExt, por exemplo). Ademais, o terceiro pode recorrer somente no mesmo prazo que a parte possui para recorrer, pois após o trânsito em julgado da decisão não será mais possível a interposição de recursos.

Isto posto, a alternativa está correta.

d) Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

A presente alternativa constitui reprodução do enunciado 510 da súmula do STF.

A delegação de competência enseja a transferência de atribuição da autoridade delegante para a autoridade delegada, tornando esta competente para a prática do ato. Com a delegação, a autoridade delegada responde pelos atos praticados, de forma que eventual



mandado de segurança impetrado contra ato praticado pela mesma deverá indicar como autoridade coatora o delegado e não o delegante.

Alternativa correta, portanto.

e) Não é possível a desistência do mandado de segurança pelo impetrante após a prolação de sentença de mérito denegando a segurança.

Apesar do aparente acerto da alternativa, que, em regra, seria plenamente aplicável a todos os procedimentos cíveis, no caso específico do mandado de segurança a assertiva está errada.

Com efeito, o art.485, §§4º e 5º, do CPC/15, estabelece que, após a contestação, é necessária a concordância do réu para que seja homologado o pedido de desistência, sendo certo, ainda, que a desistência da ação somente pode ser requerida até a prolação da sentença. Nessa toada, prolatada sentença de mérito, é incabível a desistência da ação pela parte autora.

Entretanto, para os Tribunais Superiores, a referida sistematização legal não é aplicável ao procedimento especial do mandado de segurança. Segundo esse entendimento, o mandado de segurança caracteriza-se como um instrumento processual erigido em favor da pessoa humana, de sorte que a autoridade coatora, integrante do polo passivo da lide, não tem direito ao julgamento do mérito da controvérsia. Assim, o impetrante do mandado de segurança pode requerer a desistência do processo até o seu trânsito em julgado, ainda que tenha sido prolatada sentença de mérito e até mesmo após o julgamento de recursos pelos Tribunais.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DEDUZIDO APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ADMISSIBILIDADE. “É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários” (MS 26.890-AgR/DF, Pleno, Ministro Celso de Mello, DJe de 23.10.2009), “a qualquer momento antes do término do julgamento” (MS 24.584-AgR/DF, Pleno, Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 20.6.2008), “mesmo após eventual sentença concessiva do ‘writ’ constitucional, (...) não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC” (RE 255.837-AgR/PR, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJe de 27.11.2009). Jurisprudência desta Suprema Corte reiterada em repercussão geral (Tema 530 - Desistência em



mandado de segurança, sem aquiescência da parte contrária, após prolação de sentença de mérito, ainda que favorável ao impetrante). Recurso extraordinário provido.

(RE 669367, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA APÓS A SENTENÇA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 669367, julgado em 02/05/2013, reconhecida a repercussão geral, definiu que é plenamente admissível a desistência unilateral do mandado de segurança, pelo impetrante, sem anuência do impetrado, mesmo após a prolação da sentença de mérito.

2. Indeferir o pedido de desistência do mandamus para supostamente preservar interesses do Estado contra o próprio destinatário da garantia constitucional configura patente desvirtuamento do instituto, haja vista que o mandado de segurança é instrumento previsto na Constituição Federal para resguardar o particular de ato ilegal perpetrado por agente público.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1405532/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)

Assim, a alternativa correta é a letra e.

53. Assinale a alternativa correta:

(A) A incompetência relativa deve ser arguida pelo réu em sede de contestação, sob pena de preclusão e prorrogação da competência do Juízo em que tramita o feito, não podendo ser reconhecida de ofício pelo Juízo em nenhuma hipótese.

(B) A incompetência absoluta pode ser reconhecida de ofício pelo Juízo e arguida a qualquer momento pelas partes, porém, transitada em julgado a sentença proferida por Juízo absolutamente incompetente, há a convalidação do ato, não se podendo mais questionar a matéria através de qualquer instrumento processual.

(C) Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se



verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

(D) O CPC/15 adotou expressamente a doutrina do forum shopping, assim como a do forum non conveniens, as quais já eram referidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

(E) A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.

Gabarito: Letra E

A questão ora em análise buscou tratar do tema da competência no processo civil. Conforme aduzido anteriormente,

“Competência são os limites dentro dos quais cada juízo pode, legitimamente, exercer a função jurisdicional. É, em outros termos, a legitimidade do órgão jurisdicional para atuar em um processo, devendo ser compreendida como sua específica aptidão para exercer função jurisdicional naquele processo específico que perante ele se tenha instaurado.” (Câmara, Alexandre - O Novo Processo Civil Brasileiro – pág.49)

O domínio da competência é essencial para a boa prestação da assistência jurídica e, igualmente, para a aprovação nos concursos públicos, uma vez que o endereçamento correto da peça processual na fase escrita muitas vezes é essencial para o alcance da nota mínima. Assim, vamos reforçar esse tema através do estudo das alternativas propostas.

a) A incompetência relativa deve ser arguida pelo réu em sede de contestação, sob pena de preclusão e prorrogação da competência do Juízo em que tramita o feito, não podendo ser reconhecida de ofício pelo Juízo em nenhuma hipótese.

Um dos principais critérios de classificação da competência a divide em absoluta e relativa.

Quando o legislador cria uma regra de competência relativa o objetivo é tutelar o interesse da parte, razão pela qual a parte pode renunciar à tutela no caso concreto. Assim, a natureza jurídica da competência relativa é de norma dispositiva, de sorte que sua aplicação depende da vontade das partes.

De outro lado, quando o legislador cria regra de competência absoluta objetiva tutelar o interesse público, de modo que a vontade das partes é irrelevante, eis que não podem



dispor de uma tutela que não foi dirigida a elas; assim, a natureza jurídica da norma de competência absoluta é cogente (de aplicação obrigatória).

A desobediência à qualquer norma de competência acarreta incompetência. Se o critério era absoluto: a incompetência será absoluta. Se o critério era relativo: será relativa.

Com o objetivo de esquematizar as distinções entre a incompetência absoluta e relativa podemos traçar o seguinte quadro:

Incompetência absoluta Incompetência relativa

Protege interesses públicos ou privados especialmente relevantes. Protege interesses privados comuns.

Surge a partir do desrespeito à um critério absoluto de competência (art. 62): (i) critério territorial (art. 47, §§1º e 2º), (ii) quanto ao idoso (art. 53, III, e), (iii) critério funcional e (iv) critério objetivo quanto à matéria e quanto à pessoa. Surge em razão do desrespeito à um critério relativo de fixação da competência (que são os demais critérios territoriais e o objetivo quanto ao valor da causa).

Pode ser conhecida de ofício. Não pode ser conhecida de ofício.

Exceção: art. 63, §3º e §4º.

Deve ser arguida em preliminar de contestação. Deve ser arguida em preliminar de contestação.

Pode ser reconhecida a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Não sendo arguida em contestação não poderá mais ser reconhecida.

É insanável. Não convalesce. Não admite prorrogação de competência. É sanável. Convalesce. Admite prorrogação de competência se não for arguida em contestação.

É fundamento de ação rescisória (art. 966, II). Não é fundamento de rescisória.

Os atos anteriores ao seu reconhecimento são presumidamente inválidos e demandam chancela. Os atos anteriores ao seu reconhecimento são presumidamente válidos e só serão questionados se houver prejuízo à parte.

No caso da incompetência relativa, a sua não oposição pelo réu em sede de contestação (art.337, II, do CPC/15) enseja a preclusão da matéria, havendo a prorrogação da competência do Juízo no qual tramita a ação (art.65 do CPC/15), conforme corretamente



afirmado na primeira parte da alternativa. Contudo, a parte final da alternativa se encontra equivocada, uma vez que, apesar de a regra ser o Juízo não poder conhecer de ofício a incompetência relativa (vide o enunciado 33 da súmula do STJ e o art.64, §1º, a contrario sensu, do CPC/15), é certo que, excepcionalmente, poderá fazê-lo, como no caso da cláusula abusiva de eleição de foro inserida em negócio jurídico (art.63, §3º, do CPC/15). Assim, havendo a modificação da competência através da inserção de cláusula abusiva de eleição de foro em negócio jurídico, será possível ao Juízo reconhecer sua nulidade de ofício e determinar a remessa dos autos ao Juízo competente, ainda que essa incompetência seja, inegavelmente, relativa.

Portanto, a alternativa está errada.

b) A incompetência absoluta pode ser reconhecida de ofício pelo Juízo e arguida a qualquer momento pelas partes, porém, transitada em julgado a sentença proferida por Juízo absolutamente incompetente, há a convalidação do ato, não se podendo mais questionar a matéria através de qualquer instrumento processual.

Com efeito, a incompetência absoluta pode ser conhecida de ofício pelo Juízo e arguida a qualquer momento pelas partes, consoante disposto no art.64, §1º, do CPC/15. Contudo, nos termos do art.966, II, do CPC/15, a incompetência absoluta é causa suficiente para a propositura de ação rescisória, de sorte que a matéria ainda pode ser questionada até o decurso do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória. Logo, a alternativa está errada.

c) Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

A alternativa consiste na transcrição da redação originária do art.109, §3º, da CRFB, o qual instituía a chamada competência delegada da Justiça Estadual para o julgamento de determinadas causas, em especial as previdenciárias. Entretanto, a EC 103/2019 alterou o dispositivo, extinguindo a delegação automática de competência constitucional em relação às causas previdenciárias e atribuindo ao legislador infraconstitucional a arquitetura normativa da matéria. Assim, a partir da EC 103/2019 a delegação de competência em matéria previdenciária passou a exigir a expressa previsão em Lei, o que atualmente é feito pelo art.15, III, da Lei nº 5.010/66, modificado pela Lei nº 13.876/2019.

A nova disciplina merece severas críticas. Inicialmente, a nova disciplina infraconstitucional passou a exigir que a Comarca de domicílio do segurado estivesse localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal para



que ocorra a delegação de competência, o que viola o acesso à Justiça (art.5º, XXXV e LXXIV, da CRFB). Outrossim, a Lei nº 13.876/2019, que regulou o novo §3º do art.109 da CRFB, foi editada antes da promulgação da EC 103/2019, dando ensejo à uma possível inconstitucionalidade, uma vez que o parâmetro vigente à época da promulgação da L 13.876/2019 (antigo art.109, §3º, da CRFB) não permitia essa restrição na delegação de competência.

Sobre o tema, indico a leitura dos seguintes textos aos interessados:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/314940/a-mitigacao-da-competencia-federal-delegada-em-materia-previdenciaria-pela-ec-103-2019-reforma-da-previdencia>

<https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/tribuna-defensoria-necessidade-repensar-solucoes-assistencia-juridica>

Diante da alteração promovida pela EC 103/2019, a alternativa está errada.

d) O CPC/15 adotou expressamente a doutrina do forum shopping, assim como a do forum non conveniens, as quais já eram referidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Inserido dentro do tema dos foros concorrentes, o forum shopping e o forum non conveniens tem ganhado destaque na doutrina brasileira.

Diante de diversos foros abstratamente competentes, exsurge a questão do direito de escolha do autor acerca de em qual foro ajuizará a demanda, bem como o controle do exercício desse direito, haja vista a possibilidade de cometimento de abusos. Nessa seara, foram desenvolvidas pela doutrina as teorias supramencionadas, as quais buscam regular, através de critérios racionais, o exercício do direito de escolha da parte autora quando presentes foros concorrentes.

Com efeito, a existência de foros concorrentes significa que todos eles são abstratamente competentes para o processamento e julgamento da demanda. Assim, o autor, diante das diversas possibilidades existentes, escolhe um dos foros, o que é denominado de forum shopping pela doutrina. Nos dizeres de Fredie Didier Jr:

“O autor, diante dessas opções, exercita aquilo que já se denominou de forum shopping: a escolha do foro pelo demandante. Escolher o foro dentro aqueles em tese competentes é direito potestativo do autor. (....)”

É compreensível que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é



conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação do abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé”. (Curso de Direito Processual Civil – Vol. 1 – pág.207)

Para exercer o controle sobre a escolha do autor, conforme aduzido pelo doutrinador, é que se desenvolveu a tese do *forum non conveniens*. Segundo essa tese, eventual escolha abusiva de um dos foros abstratamente competentes pelo autor poderá ser controlada in concreto pelo Juízo, evitando-se que o exercício desse direito potestativo impeça o réu de defender-se adequadamente ou crie obstáculos significativos para o acesso à Justiça pela parte contrária. Nesse sentido, Didier ensina que:

“(....) surgiu na Escócia uma doutrina que serviu como freio jurisprudencial a essas escolhas abusivas. A ela deu-se o nome de *forum non conveniens*. Justamente, “para evitar os abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como *fórum non conveniens*, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição (...) invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral”. (pág.208)

No que pese o acolhimento das teses por parcela significativa da doutrina, o CPC/15 não parece as ter adotado expressamente. Ademais, o STJ não tem referendado a sua aplicação, como se pode verificar pelo seguinte aresto:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RUPTURA UNILATERAL. JURISDIÇÃO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES. VALIDAÇÃO. FORUM NON CONVENIENS. INAPLICABILIDADE.

1. Ação de indenização ajuizada por empresa sediada na República Argentina em razão de suposto descumprimento de acordo de comercialização e distribuição exclusiva dos produtos da marca "HERING" em todo o território argentino.
2. Existência de cláusula de eleição de jurisdição no contrato celebrado entre as partes.
3. Ao propor a demanda no Juízo da Comarca de Blumenau - SC, limitou-se a autora a observar a cláusula de eleição de jurisdição previamente ajustada, perfeitamente validada pelas regras do Protocolo de Buenos Aires.
4. As adversidades porventura surgidas durante a tramitação do processo no território nacional, a exemplo do cumprimento de cartas rogatórias, exame de documentos em língua estrangeira, entre outras, operar-se-ão em prejuízo da própria autora, a demonstrar



que o ajuizamento da demanda no Brasil, a princípio, não lhe traz nenhuma vantagem sob o ponto de vista processual.

5. Havendo previsão contratual escrita e livremente pactuada entre as partes, elegendo a jurisdição brasileira como competente para a solução de eventuais conflitos, deve ela ser plenamente observada.

6. Restrita aceitação da doutrina do forum non conveniens pelos países que adotam o sistema do civil-law, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro norma específica capaz de permitir tal prática.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1633275/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

Assim, a alternativa está errada.

e) A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.

Cuida-se de reprodução do art.47, §2º, do CPC/15, o qual apresenta importante regra de competência absoluta. Alternativa correta, portanto.

Dessarte, a resposta correta é a letra e.

54. No que concerne às formas de intervenção de terceiro no processo civil, julgue as assertivas apresentadas e assinale a alternativa correta:

I – A decisão que inadmite a intervenção do amicus curiae é passível de questionamento através do recurso de agravo de instrumento.

II – A intervenção da Defensoria Pública como custos vulnerabilis permite a interposição de quaisquer recursos pela Instituição, ao passo que a atuação como amicus curiae possui âmbito mais restrito.

III – O incidente de desconsideração da personalidade jurídica também é aplicável aos casos de desconsideração inversa.

IV – Não exercida a denunciação da lide pelo interessado, é possível da pretensão através do ajuizamento de ação autônoma.



- (A) I e IV estão corretas.
- (B) II e III estão corretas
- (C) I, II e III estão corretas.
- (D) II, III e IV estão corretas.
- (E) III e IV estão corretas.

Gabarito: letra D.

O tema da intervenção de terceiro no processo civil exige uma leitura atenta dos dispositivos legais pertinentes (em especial dos arts.119 a 138 do CPC/15), bem como da jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo esse o principal foco das questões sobre a matéria nos concursos públicos.

I – A decisão que inadmite a intervenção do amicus curiae é passível de questionamento através do recurso de agravo de instrumento.

Interpretando o art.138, caput, do CPC/15, o STF decidiu que é irrecorrível a decisão que admite ou inadmite a intervenção do amicus curiae no feito . Assim, apesar das críticas doutrinárias cabíveis, a assertiva está errada.

II – A intervenção da Defensoria Pública como custos vulnerabilis permite a interposição de quaisquer recursos pela Instituição, ao passo que a atuação como amicus curiae possui âmbito mais restrito.

A intervenção da Defensoria como custos vulnerabilis tem ganhado cada vez mais destaque na produção acadêmica da doutrina institucional, sendo certamente um dos grandes temas a serem trabalhados na matéria de princípios institucionais.

Custos vulnerabilis significa “guardião dos vulneráveis” (“fiscal dos vulneráveis”).

Nos dizeres de Maurílio Casas Maia, defensor público no Amazonas e um dos especialistas sobre o tema,

“custos vulnerabilis’ representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político”



(Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem & progresso. Revista dos Tribunais. vol. 986. ano 106. págs. 27-61. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017, p. 45).

Por sua vez, Cassio Scarpinella Bueno afirma que:

“A expressão 'custos vulnerabilis', cujo emprego vem sendo defendido pela própria Defensoria Pública, é pertinente para descrever o entendimento aqui robustecido. Seu emprego e difusão têm a especial vantagem de colocar lado a lado – como deve ser em se tratando de funções essenciais à administração da justiça – esta modalidade interventiva a cargo da Defensoria Pública e a tradicional do Ministério Público.

O 'fiscal dos vulneráveis', para empregar a locução no vernáculo, ou, o que parece ser mais correto diante do que corretamente vem sendo compreendido sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública no âmbito do 'direito processual coletivo', o 'fiscal dos direitos vulneráveis', deve atuar, destarte, sempre que os direitos e/ou interesses dos processos (ainda que individuais) justifiquem a oitiva (e a correlata consideração) do posicionamento institucional da Defensoria Pública, inclusive, mas não apenas, nos processos formadores ou modificadores dos indexadores jurisprudenciais, tão enaltecidos pelo Código de Processo Civil. Trata-se de fator de legitimação decisória indispensável e que não pode ser negada a qualquer título.” (Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 219).

No que concerne à seara processual civil, cumpre ressaltar que uma das principais repercussões práticas da admissão dessa forma de intervenção de terceiro pela Defensoria é a ampla possibilidade de interposição de recursos, já que nesse caso a Defensoria ostenta o mesmo regime processual do Ministério Público quando este atua como custos legis, permitindo-se a interposição de quaisquer recursos, apresentação de requerimento probatório, oferecimento de arrazoados e etc. Ademais, a atuação do amicus curiae é, de fato, mais restrita, já que este depende somente pode exercer os poderes fixados na decisão que permite sua intervenção, podendo recorrer unicamente da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art.138, §3º, do CPC).

Dessarte, a assertiva está correta.

III – O incidente de desconsideração da personalidade jurídica também é aplicável aos casos de desconsideração inversa.

Trata-se de reprodução do art.133, §2º, do CPC/15.



A desconsideração da personalidade jurídica vem prevista de forma geral no art.50 do CC, além de contar com regulação específica em diversos outros diplomas legais (ex: art.28 do CDC).

Em regra, a desconsideração afasta a autonomia decorrente da personalidade jurídica da pessoa jurídica para responsabilizar os sócios pelos débitos contraídos pela sociedade, porém também é possível a responsabilização da sociedade por dívidas contraídas pelos sócios, caso em que estaremos diante da chamada desconsideração inversa. Evoluindo em relação ao CPC/73, o CPC/15 disciplinou um procedimento específico para o incidente de desconsideração, regulamentando, assim, o aspecto processual desse instituto de direito material e mencionando, expressamente, a desconsideração inversa, a qual, naquele momento, não contava com previsão legal. Ademais, a Lei nº 13.874/19, conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”, alterou o art.50 do CC e acrescentou o §3º ao mesmo, positivando, por conseguinte, a desconsideração inversa no corpo do Código Civil.

Assertiva correta, portanto.

IV – Não exercida a denunciação da lide pelo interessado, é possível da pretensão através do ajuizamento de ação autônoma.

A denunciação da lide consiste em uma demanda regressiva condicional, uma vez que a sua apreciação se submete à uma condição (evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia do ato jurídico), qual seja, a parte que exerceu a denunciação da lide ter ficado vencida, na forma do art. 129 do CPC.

Inovando em relação ao CPC/73, cuja redação literal indicava que a denunciação da lide seria obrigatória, o CPC/15 retirou deixou expresso o caráter facultativo da denunciação da lide, de modo que o interessado pode optar por exercer sua pretensão através de ação autônoma, nos termos do art.125, §1º, do novo diploma processual.

Assim, a assertiva está correta.

Resposta correta: letra d.

55. O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer em seu próprio texto um capítulo dedicado aos princípios do processo. Considerando as novidades, bem como a manutenção de certas previsões, assinale a alternativa correta:



- (A) Apesar de atualmente se falar em Processo Civil Constitucional, não há previsão expressa no âmbito da Lei 13.105/15 de interpretação conforme os valores e normas fundamentais da Constituição Federal.
- (B) As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, excluída a atividade satisfativa.
- (C) A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todas as partes, inclusive durante o curso do processo judicial, excluído o magistrado que não pode se imiscuir em tal atividade.
- (D) Há previsão expressa dos princípios da boa-fé processual, bem como da cooperação, que são aplicáveis à todas as partes do processo. Entretanto, apesar de não haver menção expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana, aplica-se ao processo civil por ser valor fundamental da Constituição Federal.
- (E) O princípio do contraditório restou aperfeiçoado no âmbito do novo diploma processual. Inclusive, houve a previsão da dispensa ao contraditório inútil no texto legal.

Gabarito: letra E.

Prezados, me chamo Rodrigo Sardinha de Freitas Campos e fui um dos aprovados no VIII Concurso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Já de início digo a vocês que não há fórmula mágica na preparação para provas desse nível, entretanto, ao longo dessa caminhada, tive erros e acertos que, sem dúvidas, podem auxiliar vocês a encurtar esse período de intensa dedicação e abdicção. Por isso, fico inteiramente à disposição para ajuda-los em qualquer aspecto, sejam dúvidas jurídicas ou não jurídicas! Meu e-mail é rodrigofcampos@gmail.com. Sintam-se sempre à vontade e vamos ao espelho comentado!

A parte principiológica do CPC/15 foi objeto de muita atenção por parte do legislador e acabou se tornando um grande atrativo para as provas de concurso público, tanto pela sua vasta previsão legal quanto pela sua importância prática. Dica: o capítulo é curto e as previsões são fáceis de serem decoradas. Sempre prezem pela interpretação mais ampla que é o foco dessa parte introdutória.

Alternativa A: incorreta. A ideia que perpassa pela configuração de um Direito Civil Constitucional, ou até mesmo do Direito Processual Civil Constitucional, é justamente a de autorizar a aplicação das normas e valores fundamentais previstas na Constituição Federal aos demais diplomas normativos do ordenamento jurídico brasileiro. Confere-se



assim efetividade aos princípios de interpretação constitucional, notadamente da Máxima Efetividade e do Efeito Irradiador da Constituição Federal.

A assertiva está incorreta já que ignora a previsão do artigo 1º do CPC/15, que prevê que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”, ou seja, há previsão expressa acerca da aplicação da Constituição Federal no âmbito do Processo Civil brasileiro.

Recordem-se ainda que a aplicação do referido conceito deve ser sempre amplo, autorizando a aplicação de todos os valores, normas e princípios fundamentais expressos no texto da Constituição Federal, bem como de todos os valores e princípios implícitos no texto constitucional.

Alternativa B: incorreta. Desde 2004 com a vinda da Emenda Constitucional 45, que inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º, prevendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, que o maior desafio, não só dos tribunais superiores como também do legislador ordinário, passou a ser a maior celeridade do processo judicial.

Notou-se também que a mera celeridade durante o processo (fase) de conhecimento, não seria capaz de cumprir a referida disposição constitucional, uma vez que, para a parte vencedora a sensação de satisfação do direito pleiteado não se perfaz com o trânsito em julgado de uma sentença de procedência, mas sim, com o cumprimento de tal decisão.

É nesse contexto que logo em seu artigo 4º, o CPC/15 determinou que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Apesar de tal disposição normativa continuar prevendo somente um “direito” das partes (direito esse que já era garantido em âmbito constitucional), tal norma deixou de prever meios concretos que possam permitir uma maior celeridade no trâmite processual. É evidente que tal objetivo foi buscado pelo legislador ordinário ao longo do Código de Processo Civil, entretanto, muitas são as previsões que merecem críticas justamente por se distanciarem ainda mais do referido objetivo constitucional.

Apenas à título de exemplo, a Audiência (de Conciliação e Mediação) do 334 apesar de ter um nobre propósito (o de permitir a composição entre as partes obtendo uma resposta “mais adequada” àquele caso em específico) não cumpre o mandamento constitucional, na medida em que retarda o processo judicial com um ato que pode ser realizado, a qualquer momento, inclusive fora do âmbito judicial.



Alternativa C: incorreta. Dispõe o artigo 3º, §3º do CPC/15: 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. O erro da assertiva se encontra na exclusão do magistrado no estímulo aos referidos métodos de solução consensual de conflitos.

Conceito muito importante no âmbito do CPC/15 é o da Justiça Multiportas, que nada mais é do que a noção de que o processo judicial (contencioso) não necessariamente é o único meio capaz de solucionar e dar uma resposta “justa” ao caso concreto, mas sim, um meio capaz de pôr termo àquela lide. Desse modo, caberia ao juiz e às partes analisar o conflito que lhes é apresentado, a fim de apontar qual será o método mais adequado a solucioná-lo.

Como bem dispõe o referido artigo, o juiz é peça fundamental na obtenção dessa resposta e deve, SEM FERIR a imparcialidade (que figura como pressuposto processual de validade) estimular as partes a encontrar a solução mais adequada ao caso, sem que tenha que se aguardar o término do processo com a prolação (e imposição) de uma sentença judicial.

OBS. A doutrina discute se o magistrado poderia agir como ocorre na Justiça Trabalhista, onde o julgador pode (e deve) antecipar questões incontroversas no seu julgamento, a fim de demonstrar às partes litigantes como um acordo pode ser mais benéfico naquele caso concreto. Aqui há uma linha tênue entre praticar tal ato sem que se fira a imparcialidade do julgador naquele caso que lhe é apresentado, o que torna ainda mais tormentosa a discussão do tema.

Alternativa D: incorreta. Inicialmente, urge destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é, sim, previsto expressamente no CPC/15, mais especificamente em seu artigo 8º (“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”). Em síntese, o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do CPC/15 busca assegurar o valor intrínseco de cada vida no decorrer daquele processo; além disso, o magistrado ao exercer a atividade judicante está lidando com vidas e não com números.

Apesar da primeira parte da assertiva estar correta com relação às previsões dos princípios da boa-fé processual e da cooperação, faremos uma breve digressão acerca dos mesmos tendo em vista a sua grande importância e recorrente cobrança em provas de concurso público.

O princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do CPC/15 consagra uma ideia de cooperação entre os sujeitos do processo a fim de que seja proferida, em tempo razoável,



uma decisão justa e efetiva. Cabe esclarecer que o legislador não pensou o princípio da cooperação com uma visão romântica do que parece propor (a parte não ira colaborar inconscientemente para a sua derrota), mas sim tentando tornar as partes, e em especial, o juiz um sujeito mais atuante no processo, envolvendo as partes de maneira mais efetiva para a formação do seu convencimento.

De maneira resumida, esse “juiz atuante” possui três deveres:

- Dever de esclarecimento: buscar junto às partes o esclarecimento sobre os pedidos e alegações, evitando nulidades e interpretações inadequadas.
- Dever de consulta: antes de proferir decisões, o juiz DEVE consultar as partes, inclusive em matérias reconhecíveis de ofício.
- Dever de prevenção: o juiz deve apontar às partes os vícios, permitindo o seu saneamento.

Por sua vez, o princípio da boa-fé processual que é tipificado no artigo 5o do CPC/15 ao lado do princípio da lealdade processual, como bem leciona Daniel Neves “prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé e lealdade processual e indicando quais são as sanções correspondentes. Como ensina a melhor doutrina, ainda que por vezes não se mostre fácil no caso concreto, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses”.

Aprofundando, o STJ por diversas vezes já vinha defendendo a aplicação dos deveres anexos à boa-fé objetiva no âmbito do direito processual. É o caso, por exemplo, da aplicação da supressio no decorrer do processo judicial. Tal dever perfaz a perda (ou renúncia tácita) de certo direito ou posição jurídica pelo seu não exercício em tempo razoável. Tal como ocorre com as “nulidades de algibeira” que são vedadas pelo STJ, qualquer omissão que possa criar a legítima expectativa na parte contrária de que um ato não seria praticado, pode causar a sua “renúncia” tácita.

Alternativa E: correta. Ao princípio processual do contraditório (que por muitos é visto inclusive como um dos elementos essenciais do processo) foi dado especial destaque por parte do legislador, tanto no que toca às previsões esparsas de rogam pela necessidade de manifestação da parte, quanto pelas previsões específicas acerca do tema.

O contraditório atualmente possui seu conceito detalhado em 3 (três) ações distintas, quais sejam:

- Informação: as partes devem ser informadas de todos os atos e termos do processo.



- **Reação:** é um ônus da parte, ou seja, a mera possibilidade de reação já cumpre tal objetivo.
- **Poder de influência:** é o elemento mais contemporâneo e que garante o contraditório real, ou seja, a parte deve ser concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz.

O contraditório inútil foi objeto de destaque na nova redação legal trazida na cabeça do artigo 9o, que dispõe: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Tal dispensa de contraditório já era uma bandeira levantada por grandes nomes na doutrina, que viam o contraditório não como um fim, mas sim um meio para se obter o fim principal (vencer a demanda). Desse modo, se o contraditório é somente um meio, mas você chegou ao fim desejado sem o meio, então o contraditório, em certos casos pode ser considerado inútil.

Nesse cenário, temos basicamente duas situações:

- **Vício (violação ao contraditório):** o juiz deveria ter consultado a parte sobre alguma questão. Entretanto, a decisão proferida beneficiou aquela parte. Não haverá nulidade. O contraditório era simplesmente inútil.
- **Técnicas procedimentais que dispensam o contraditório:** a decisão será EM FAVOR da parte não ouvida. É o caso, por exemplo, do julgamento liminar de improcedência, onde no artigo 332 do CPC/15 temos a possibilidade de sentença sem que a parte contrária seja ouvida previamente.

Por fim, merece apenas destaque que a redação do artigo 9o deve ser lida a contrario senso, já que a regra ali estabelecida é a de que nenhuma decisão que PREJUDIQUE a parte pode ser proferida sem que ela tenha sido ouvida previamente. A contrario senso, caso a decisão a BENEFICIE, a sua oitiva pode ser dispensada.

56. Considere as seguintes situações envolvendo a temática dos Negócios Jurídicos Processuais:

- I. Negócio jurídico processual firmado entre as partes, sem a anuência do Defensor Público, determinando que a contagem em dobro dos prazos processuais não se aplicaria a nenhuma das partes.
- II. Negócio jurídico processual firmado entre as partes permitindo que em caso de eventual processo judicial, as duas partes poderão ser assistidas pela Defensoria Pública.



- III. Negócio jurídico processual firmado entre as partes, durante o processo judicial, renunciando ao direito de recorrer às instâncias superiores.
- IV. Negócio jurídico processual firmado entre as partes, com a anuência do Defensor Público, determinando que a contagem em dobro dos prazos processuais não se aplicaria a nenhuma das partes.
- V. Negócio jurídico processual firmado entre as partes permitindo que a parte vulnerável faça uso de provas ilícitas no decorrer do processo judicial.

Escolha a alternativa que disponha corretamente acerca da validade ou invalidade de tais:

- (A) Nenhuma assertiva possui Negócio Jurídico Processual válido.
- (B) Somente a assertiva III possui Negócio Jurídico Processual válido.
- (C) Somente as assertivas III e IV possuem Negócios Jurídicos Processuais válidos.
- (D) Somente as assertivas IV e V possuem Negócios Jurídicos Processuais válidos.
- (E) Somente as assertivas I, IV e V possuem Negócios Jurídicos Processuais válidos.

Gabarito: letra B.

Prezados, a temática envolvendo os Negócios Jurídicos Processuais têm sido objeto de intensos debates jurisprudenciais e doutrinários. É justamente por essa ampla aplicação prática e notável interesse doutrinário que o tema vem sendo cobrado em provas de concurso público envolvendo casos concretos.

Em breve síntese, os negócios jurídicos processuais nada mais são do que Negócios Jurídicos (nos termos do que dispõe o artigo 104 do CC: partes capazes, dispendo sobre objetos lícitos por meio de forma prescrita ou não defesa em lei), entretanto possuem como objeto, ônus, deveres e posições processuais no âmbito de um processo judicial.

Os negócios jurídicos processuais não são uma novidade em absoluto no âmbito do CPC/15, já que na vigência do CPC/73 já possuíamos uma série de instrumentos que permitiam a disposição acerca de matérias processuais (como era a cláusula de eleição de foro). Entretanto, o que fez o CPC/15 foi prever uma Cláusula Geral de Negócios Processuais em seu artigo 190, permitindo que, cumpridos os requisitos ali estabelecidos Negócios Processuais Atípicos poderiam ser firmados entre as partes.



É justamente nessa ótica, dos Negócios Processuais atípicos que as situações hipotéticas anteriores foram narradas. Em todas elas há a realização de um negócio jurídico processual atípico dispondo sobre matérias específicas que mereciam um juízo de validade, nos termos do artigo 190, § único por parte do magistrado.

Passemos às situações hipotéticas:

I e IV – negócios inválidos. A única diferença entre as assertivas reside na concordância ou não do Defensor Público responsável pelo caso. Todavia, tal negócio jurídico é inválido, INDEPENDENTEMENTE da anuência do Defensor Público, já que o mesmo não pode dispor acerca de Prerrogativas Funcionais.

Primeiramente, insta salientar que as prerrogativas funcionais do Defensor Público são garantias que permitem uma devida prestação de suas funções em respeito ao princípio da isonomia. Desse modo, são matérias que possuem previsão legal e não dependem da vontade das partes para que sejam aplicáveis, muito menos estão à sua disposição. Em segundo lugar, a anuência do Defensor Público é irrelevante no caso, uma vez que a Defensoria Pública é regida pelo princípio institucional da indivisibilidade, ou seja, o Defensor Público em atuação é mero órgão de execução e pode ser substituído por outro a qualquer momento, sendo assim, seria impossível que um Defensor dispusesse de prerrogativa funcional de outro.

II – negócio inválido. A questão versa sobre Regime Jurídico da Defensoria Pública e, também, não está à disposição das partes. Como já é sabido, a assistência jurídica integral e gratuita é garantia fundamental e cláusula pétrea insculpida no artigo 5º da Constituição Federal. Ademais, nos termos dos artigos 134 e seguintes da CRFB/88, o modelo do salaried staff foi incontroversamente adotado pelo constituinte derivado, razão pela qual, a Defensoria Pública é o órgão exclusivamente responsável pela prestação de tal serviço.

Cabe ressaltar que a referida assistência não é dada à todos indiscriminadamente, mas somente aos vulneráveis. Ultrapassada a discussão (relevante e interessantíssima, por sinal) acerca do que seria exatamente essa “vulnerabilidade” trazida pelo ordenamento constitucional (se apenas econômico-financeira ou dos mais diversos moldes), a aferição de quem são os sujeitos que merecem a tutela da Defensoria Pública é de matéria administrativa e EXCLUSIVA da Defensoria Pública. Nem mesmo o magistrado pode “ordenar” a atuação da Defensoria Pública em determinado caso concreto, uma vez que estaria ferindo a Independência Funcional da instituição. Diante de todo o exposto, resta evidente que as partes de maneira nenhuma podem dispor acerca da prestação de tal serviço (nem vedando a sua realização, muito menos autorizando de maneira antecipada), sendo inválida a disposição negocial, e mantendo à mercê da Defensoria Pública a decisão acerca da prestação ou não do serviço.



III – negócio válido. O direito de recorrer é de titularidade das partes que ora litigam não havendo qualquer violação aos demais princípios constitucionais e processuais, como o do devido processo legal que impeça a realização de tal negócio. Ademais, as partes podem antecipar a decisão de não recorrerem aos tribunais superiores fazendo com que o processo transite em julgado com a vinda do acórdão em segundo grau. São incontáveis os motivos que possam levar as partes a essa decisão, como por exemplo, a celeridade no término na demanda ou a confiança da prolação de uma decisão justa em sede de julgamento no Tribunal. Urge ainda esclarecer que apesar da questão ter mencionado especificamente os tribunais superiores, o negócio continuaria válido caso tivesse mencionado os próprios tribunais locais, já que o direito ao duplo grau de jurisdição não é absoluto e admite disposição por parte de seu titular. Destaca-se também que essa situação hipotética já foi encampada pela doutrina, bem como por enunciados do FPPC e do ENFAM.

V – negócio inválido. Como dito anteriormente, o artigo 190 do CPC/15 trouxe verdadeira clausula geral dos negócios processuais, prevendo que a validade de tais perpassa pelo atendimento dos mesmos requisitos de qualquer negócio jurídico em sentido amplo. O negócio ora analisado, apesar de ser tentador (e até mesmo possível) a defesa pela validade do negócio em prol de uma devida tutela ao (hiper)vulnerável, encontra resistência e impedimento na licitude do objeto. Note que no presente caso não estamos tratando de provas atípicas (que são aquelas que não possuem previsão legal mas são admitidas no direito), mas sim, provas que por sua natureza são ILÍCITAS e portanto já ferem de maneira direta o requisito da licitude do objeto.

Vale destacar que o ENFAM, em seu enunciado 37 esclareceu que a ilicitude do objeto é óbice à validade do negócio jurídico processual, tendo mencionado especificamente o caso ora ventilado.

57. A execução de alimentos nada mais é do que uma execução de quantia certa, que em razão da especial natureza do direito ali tutelado, ganha contornos de Execução Especial. Vale ressaltar que essa especialidade visa, basicamente, a obtenção da satisfação pelo exequente, que por meio de atos materiais específicos torna menos tormentosa tal tarefa. Com relação às especificidades da referida fase procedimental, assinale a alternativa incorreta:

(A) Caso o executado não efetue o pagamento da prestação alimentícia dentro do prazo legal, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz, independentemente de anuência do exequente, mandará protestar o pronunciamento judicial.



(B) De acordo com o STJ, o executado pode apresentar provas cabais de que não possui condições de efetuar o pagamento naquele momento, a fim de afastar a decretação de sua prisão, inclusive por meio de prova testemunhal.

(C) O CPC/15 encampou o entendimento do STJ no sentido de que a escolha entre os diferentes meios executivos previstos em lei para a execução dos alimentos é sempre livre, cabendo ao magistrado aferir no caso concreto, qual meio é o mais adequado para a satisfação do direito, se o da penhora ou o da prisão civil.

(D) Para o Superior Tribunal de Justiça, a prisão civil, por restringir a liberdade do devedor, representa uma sanção de natureza personalíssima que não pode recair sobre terceiro, de forma que não pode ser preso o inventariante diante de dívida alimentar do espólio.

(E) Com relação ao prazo máximo da prisão civil para o devedor de alimentos, o CPC/15 não sanou a incompatibilidade entre os diplomas legais, mantendo a divergência entre o seu texto legal e a previsão da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68).

Gabarito: letra C.

Prezados, o tema das obrigações alimentares e as suas infinitas nuances no que toca ao cumprimento de sentença alimentar, bem como à execução autônoma da prestação alimentar sempre é alvo de atenção por parte do examinador por diversos motivos. Primeiramente, vale destacar que o tema foi tratado com especial especificidade (e riqueza de detalhes) por parte do legislador, que no âmbito do CPC/15 trouxe capítulos específicos para a referida modalidade de execução especial. Em segundo lugar, o tema ainda é objeto de intensos debates, não só no âmbito doutrinário, como também em sede de tribunais superiores. As particularidades de cada caso concreto que é levado à Corte da Cidadania sempre podem nos surpreender com um novo entendimento jurisprudencial que aperfeiçoa as previsões legais acerca do tema. Por último, o tema das obrigações alimentares (infelizmente) está presente no cotidiano do Defensor Público, que se vê atuando tanto no polo ativo da demanda quanto no polo passivo. Passemos às assertivas:

Assertiva A, correta. Essa é justamente a previsão do §1º do artigo 528 do CPC/15, que dispõe: “Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.”. Inicialmente, é importante registrar que o protesto de pronunciamento judicial é novidade trazida pelo CPC/15 como um meio de execução típico e indireto de cumprimento da prestação alimentar. Na vigência do CPC/73 não havia qualquer previsão



nesse sentido, mantendo-se a discussão somente entre o rito da penhora ou da prisão civil, entretanto, o cotidiano forense de tais varas começou a notar que o protesto de tais “títulos” eram medidas que possuíam onerosidade baixíssima ao protestante, danos ínfimos ao protestado, mas que traziam um índice de cumprimento voluntário (que não se confunde com espontâneo) elevadíssimo. O que o CPC/15 fez, então, foi legitimar uma prática que já vinha sendo adotada nos tribunais desse país, buscando somente uma melhor tutela da obrigação alimentar, sem lesionar, ainda mais, o devedor de alimentos.

Outro ponto que merece destaque, e que pode ter trazido dúvidas para a maioria dos candidatos, é a previsão “independentemente de anuência do exequente”. Aliás, o exequente precisa anuir, ou ainda, requerer o protesto de tal sentença? Não, inclusive a previsão normativa perfaz verdadeiro dever-poder do magistrado, determinando que caso o pagamento não seja feito no prazo legal, nem haja qualquer justificativa para tal inadimplemento, o juiz “mandará” protestar o pronunciamento judicial, dispensando assim qualquer pedido específico ou manifestação anterior do exequente.

Assertiva B, correta. O §3º do artigo 528 determina que “Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”. Desse modo, é incontroverso que a prisão civil do executado figura como meio de execução típico, indireto e subsidiário, uma vez que somente será possível a sua decretação, caso o pagamento não tenha sido realizado em tempo hábil e caso a justificativa apresentada não seja aceita pelo magistrado. Inclusive, tal previsão encontra eco na própria constituição federal, que no art. 5º, LXVII autoriza somente a prisão civil no caso de inadimplemento voluntário e inescusável. É justamente com relação às justificativas que podem ser apresentadas, que os tribunais superiores e a doutrina têm dado mais atenção. Ademais, o tema se subdivide em duas perspectivas: uma, o que é um motivo legítimo a justificar o inadimplemento; e dois, qual seria o meio legítimo para comprová-lo.

Inicialmente, com relação ao motivo legítimo, devemos lembrar que a jurisprudência do STJ é extensa, trazendo uma série de situações que apesar de graves, não justificariam tal inadimplemento por parte do devedor. Questão muito recorrente em provas trata do mero desemprego do devedor de alimento, que NÃO pode justificar o inadimplemento de tal prestação. Já com relação aos meios legítimos para comprovar, cristalina é a lição do professor Daniel Neves: “A seriedade da alegação decorre geralmente de prova documental juntada com a defesa, mas o executado tem direito a produzir provas em momento procedimental posterior, em especial a testemunhal, que não pode ser produzida no momento da defesa”.

Diante do exposto, temos que, em regra, a prova documental é o meio legítimo à disposição do devedor, entretanto, a prova testemunhal também é eficaz para comprovar



eventual escusa. Daí surge o seguinte questionamento: seria possível compatibilizar tal previsão com a prova testemunhal, e admitir a sua produção em momento antecipado? Entendeu o STJ que sim. No informativo 599, a 3ª Turma da Corte da Cidadania entendeu que o devedor de alimentos pode justificar a impossibilidade do pagamento por meio de prova testemunhal, desde que o faça dentro do prazo legal para pagamento voluntário de 3 dias. Ou seja, o executado, dentro do referido prazo, está autorizado a comparecer em juízo, acompanhado de suas testemunhas, para justificar a impossibilidade da realização de tal pagamento, devendo o juiz se manifestar, na sequência, pelo acolhimento ou não de tal pedido.

Assertiva C, incorreta. Apesar de, parecer justa a previsão exposta na assertiva (caso vissemos o juiz como principal condutor do processo judicial), e até mesmo coerente já que o magistrado seria figura imparcial apta a aferir qual meio executivo mais eficaz para o adimplemento da obrigação alimentar, a previsão do artigo 528 em seu §8º é incontroversa: “O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação”. Desse modo, durante toda a fase executiva, ou ainda, durante todo o processo autônomo de execução, o exequente é o único legitimado a optar por qual meio executivo deseja utilizar para perseguir o débito alimentar, se o rito da prisão civil ou o da penhora.

Cabe ressaltar que há crítica na doutrina, por todos Barbosa Moreira, entendendo que o legislador confundiu os termos, de modo que não teríamos dois ritos distintos para a persecução do débito alimentar, mas sim, medidas executórias distintas à disposição do exequente. Todavia, não é esse o entendimento majoritário, nem o que foi adotado pela redação do CPC/15.

Em suma, a vontade do exequente deve ser sempre respeitada no que toca ao rito que deve ser adotado naquela demanda judicial. Além disso, em qualquer cenário o exequente deve ser consultado pelo magistrado, ou seja, caso o devedor de alimentos cumpra o tempo de prisão estabelecido pelo magistrado e não pague o débito alimentar, o juiz deverá intimar o exequente para que ele decida se o rito deve ser convertido para o rito da penhora; de igual maneira, caso a penhora seja infrutífera, o juiz deve consultar o exequente antes de determinar a prisão civil daquele devedor.

Assertiva D, correta. Esse é justamente o entendimento esposado pela 4ª Turma do STJ no informativo 531 e que deve ser adotado pelo Defensor Público no caso concreto. É evidente que a Defensoria Pública em casos envolvendo débitos alimentares, na maioria das vezes, estará atuando em ambos os polos da demanda, razão pela qual o candidato deve sempre estar pronto e apto a discorrer em prol de seu assistido, seja ele o devedor



ou o credor de alimentos. Encarar a prisão civil como uma sanção de natureza personalíssima (e não mero meio executivo) leva à interpretação restrita da aplicação de tal, impedindo que terceiros acabem sofrendo tais restrições.

Há, entretanto, vozes na doutrina (e que devem ser encampadas pelo Defensor Público caso esteja atuando em prol do credor de alimentos) que discordam dessa natureza dada pelo STJ, por dois motivos básicos. O primeiro deles é o de que a prisão civil não é tratada pelo CPC/15, nem mesmo pela Constituição Federal como sanção, mas sim como meio executivo indireto apto a proteger e incentivar o adimplemento de obrigação de especial relevância. Ademais, em segundo lugar, conferir caráter personalíssimo e humano ao cumprimento de tal obrigação, pessoas jurídicas ou formais acabam não podendo serem pressionadas por tal meio executivo indireto. No fim das contas, perde o credor de alimentos que possui posição de destaque na proteção dada no âmbito de todo o ordenamento jurídico.

Lembrem-se, em provas objetivas, devemos sempre privilegiar assertivas que contenham a letra da lei ou a tese jurisprudencial acatada no âmbito dos tribunais superiores. Somente marcaremos a assertiva que melhor atenda os interesses do usuário da Defensoria Pública, caso a questão dê margem evidente para tanto. No caso, como a assertiva faz menção direta ao posicionamento do STJ, não podemos desconsiderar tal opção como sendo verdadeira.

Assertiva E, correta. Já na vigência do CPC/73 o prazo máximo da prisão civil no caso de débitos alimentares era de 3 meses (art. 733, §1o) ao contrário do que dispunha a Lei de Alimentos no caput do art. 19 em que o prazo máximo para tal era de 60 dias. Com a vinda do CPC/15, grande parte da doutrina acreditou que o legislador fosse sanar tal inconsistência entre os diplomas, principalmente porque as previsões não traziam balizas claras que pudessem pacificar o evidente conflito de normas. Todavia, curiosamente, o artigo 528, §3o do CPC/15 repete a previsão do CPC/73, e o artigo 1.072, V não revoga o artigo 19 da Lei de Alimentos, ou seja, a polêmica persiste.

Como já exposto anteriormente, na figura de Defensor Público sempre deveremos analisar o caso concreto e adotar o entendimento que melhor ampare os interesses daquele usuário da Defensoria Pública. Desse modo, citaremos as diversas opiniões doutrinárias acerca do tema, sem dar um ar conclusivo ao questionamento, possibilitando assim que a escolha seja feita por cada um dos candidatos no caso concreto.

Para uma primeira corrente, o prazo de 1 a 3 meses é aplicável aos alimentos provisionais, enquanto os 60 dias são aplicáveis aos alimentos definitivos. Um segundo entendimento, por todos, Marinoni, adota o prazo do CPC/15 (1 a 3 meses) para todos os casos, utilizando o critério cronológico para fazer prevalecer essa previsão normativa. E por fim,



há uma terceira corrente encampada por Araken de Assis, que adota o prazo da Lei de Alimentos (60 dias) para todos os casos por ser mais benéfica ao devedor.

A despeito de todas as posições doutrinárias, o CPC/15 acabou encampando a posição que já prevalecia no âmbito do STJ, onde o prazo mínimo seria de 1 mês e o máximo de 3 meses. Assim, por essa posição, o juiz ao decretar a prisão civil do devedor de alimentos deveria usar como balizas os dois prazos mencionados. Todavia, se adotarmos a posição mais benéfica ao devedor, poderíamos citar que a Lei de Alimentos traz somente um prazo máximo, e em dias, razão pela qual, o mínimo seria a imposição de prisão civil por somente 1 dia.

58. O novo Código de Processo Civil trouxe medidas alternativas de resolução de conflitos, proporcionando ao ordenamento jurídico uma maior efetividade das normas constitucionais, em especial ao princípio da razoável duração do processo, determinando, expressamente, no seu art. 3º e respectivos parágrafos, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, por meio da conciliação, da mediação e de outros métodos, os quais deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Acerca desta temática, assinale a alternativa incorreta:

(A) A partir desse novo modelo de solução consensual de conflitos surge o que se denomina de sistema multiportas, proposto pelo professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, em palestra proferida em 1976 (“Multi-Door Courthouse System”), como forma de desafogar os Tribunais.

(B) A teoria dos jogos consiste em um dos ramos da matemática aplicada e da economia que estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com que se interage, aproximando-se dos métodos consensuais de resolução de conflitos juntamente porque nestes também é possível perceber condutas competitivas e cooperativas executadas por agentes racionais.

(C) A audiência prévia de conciliação/ sessão de mediação não será dispensada nos casos nos quais são discutidos direitos indisponíveis, a exemplo das ações envolvendo investigação de paternidade, divórcio e alimentos.

(D) O não comparecimento injustificado do réu na audiência de conciliação prevista no art. 334, CPC/15 implicará na sua revelia e na sanção com multa multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.



(E) Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.

Gabarito: letra D.

Olá, pessoal, meu nome é Bruna Duque Estrada, aprovada no VIII Concurso da DPSP e, desde já, quero me colocar à disposição para ajuda-los no que precisarem. Meu e-mail é bruna-duque@hotmail.com, podem mandar comentários, dúvidas que eu vou tentar ao máximo ajuda-los nessa caminhada de concurso. Vamos começar:

Esta questão vem tratar sobre um ponto expresso em todos os editais de Defensoria Pública, que são os meios adequados de resolução de conflitos. A importância especial para a Defensoria reside no fato de que, com a LC 132/09, passou a ser função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária de solução extrajudicial dos litígios, por meio de mediação, conciliação arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos (art. 4o, II, LC 80/94).

Para aprofundar o estudo, é necessário lembrar que os chamados meios adequados de solução de conflitos estão intimamente ligados à terceira onda renovatória de acesso à justiça estudada por Bryant Garth e Mauro Cappelletti no chamado Projeto de Florença de Acesso à Justiça. O estudo expôs os problemas dos procedimentos judiciais, seus custos e seu tempo de duração, sendo formuladas propostas alternativas, como a prevalência da oralidade e a concentração dos ritos processuais, adoção de arbitragem, conciliação e mediação como meios adequados de solução de conflito.

Uma dica em provas subjetivas que nós vamos tratar mais para frente é nunca esquecer em questões concretas de trazer a medida extrajudicial cabível antes de entrar nas soluções judiciais, sempre que possível.

Alternativa A: Correta.

A ineficácia dos meios de acesso à justiça gera transtornos ao demonstrar a falta de competência para a resolução dos conflitos existentes no meio social, sejam individuais, sejam coletivos. Em vista disto, a fim de garantir efetividade à cláusula geral de acesso à justiça extraída do art. 5o, XXXV, CRFB/88, é necessário buscar os chamados meios consensuais de resolução de conflitos, possibilitando enfim a satisfação das partes.

Nesse sentido, a busca pela identificação de critérios que possam ser empregados para efeito de escolha do tratamento mais adequado às particularidades de cada conflito nos



remete ao estudo de uma experiência Norte-Americana, idealizada na segunda metade da década de 70, que ficou conhecida como Sistema Multiportas de Solução de Conflitos.

A primeira referência ao Sistema Multiportas (Multidoor Courthouse System) foi em 1976, em uma palestra proferida na Pound Conference, realizada por Frank Sander (professor de Direito da Universidade de Harvard) e surge como alternativa diante da insuficiência das práticas da justiça até então realizadas nos Estados Unidos, as quais não atendiam satisfatoriamente às pessoas que buscavam um amparo judicial.

Entende-se por Sistema Multiportas aquele no qual, em vez de uma só porta que permite o acesso de todos e a qualquer tempo, sem distinções subjetivas, objetivas ou teleológicas, a Justiça passa a apresentar muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade. Abandonam-se as linhas clássicas para aceitar a construção de um edifício pós-moderno, contemporâneo e atual, com design arrojado e funcional, sintonizado com o nosso tempo. Neste novo prédio os diversos arcos dão acesso às salas distintas, mas todas as salas estão voltadas para o mesmo objetivo, a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva.

Nesse contexto, a mediação, a conciliação e a arbitragem passam a ser tratadas como meios adequados de solução de conflitos, não mais meios alternativos, posto que devem estar integrados à jurisdição. A jurisdição, junto com a mediação, conciliação e arbitragem compõem um sistema de múltiplos meios de solução de conflitos, de modo que as diferentes espécies de conflitos sociais encontrem solução adequada no ordenamento jurídico. A expressão “sistema multiportas”, segundo Leonardo Carneiro da Cunha (Fazenda pública em juízo, p. 637), é uma metáfora ao átrio do fórum, onde há várias portas e, a depender do problema apresentado, as partes são encaminhadas para a porta da mediação, da conciliação, da arbitragem ou da própria justiça estatal.

A partir da integração da mediação e da conciliação como etapas do procedimento comum no CPC/15, pode-se afirmar que a nova ordem processual adotou um sistema multiportas de justiça.

Alternativa B: Correta.

Pessoal, resolvi tratar da “teoria dos jogos” pois é um tema muito desconhecido e que contava expressamente no edital do último concurso da Defensoria Pública de São Paulo (VIII Concurso). Como o assunto não está em muitos livros e cadernos, resolvi fazer um comentário um pouco mais extenso.

A teoria dos jogos é uma teoria que vem dos estudos da matemática e buscam estabelecer os fundamentos teóricos que explicam quando a mediação pode apresentar as vantagens



e desvantagens em relação à heterocomposição, que ocorre quando um terceiro, no caso o juiz, substitui a vontade das partes.

A teoria dos jogos consiste em um dos ramos da matemática aplicada e da economia que estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage.

Na teoria dos jogos, o conflito pode ser entendido como a situação na qual duas pessoas têm de desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras preestabelecidas.

Grande nome da teoria dos jogos é o norteamericano John Forbes Nash (lembram do filme “Uma mente brilhante”? É ele!), que trouxe novos conceitos para a teoria dos jogos e revolucionou a economia com o seu conceito de equilíbrio, rompendo com o paradigma econômico que era pressuposto básico da economia desde Adam Smith.

A regra básica das relações para Adam Smith seria a competição. Se cada um lutar para garantir uma melhor parte para si, os competidores mais qualificados ganhariam um maior quinhão. Esta concepção assemelha-se bastante na ideia prescrita na obra A origem das espécies, de Charles Darwin, pois insere nas relações econômico-sociais a seleção natural dos melhores competidores.

John Nash, de modo diverso, introduziu o elemento cooperativo na teoria dos jogos. A cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o outro participante, até então compreendido como adversário. Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham.

O princípio do equilíbrio pode ser assim exposto: a combinação de estratégias que os jogadores preferencialmente devem escolher é aquela na qual nenhum jogador faria melhor escolhendo uma alternativa diferente dada a estratégia que o outro escolhe. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros.

A relação de cooperação em um processo de resolução de disputas deve ser tratado a partir de um prisma de racionalidade voltado à otimização de resultados. Nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas as partes têm a ganhar com soluções cooperativas e, buscando otimizar o próprio ganho individual, as partes cooperam. Especificamente na mediação, meio de solução de conflitos em que existe uma prévia relação entre as partes, as partes são estimuladas a ponderarem ou a racionalizarem sobre suas opções e estratégias.

O dilema do prisioneiro pode ser citado como um dos mais populares exemplos de aplicação da teoria dos jogos e facilita a sua compreensão: Tratam-se de dois homens



suspeitos de terem violado conjuntamente a lei e são interrogados simultaneamente e em salas diferentes pela polícia. A polícia não tem evidências para que ambos sejam condenados pela autoria do crime e planeja recomendar a sentença de um ano de prisão a ambos se eles não aceitarem o acordo. De outro lado, oferece a cada um dos suspeitos um acordo: se ele testemunhar contra o outro, ficará livre da prisão e o outro deverá cumprir a pena de três anos. Se os dois aceitarem o acordo e testemunharem contra o companheiro serão sentenciados a dois anos de prisão.

A partir disto, percebe-se que se o jogo for disputado por dois jogadores absolutamente racionais, a solução seria a cooperação de ambos, rejeitando o acordo com a polícia, sendo ambos apenados com um ano de prisão. A solução mais emocional, mais competitiva e menos cooperativa seria aquela em que ambos testemunham, o que conduziria a uma pena maior para os dois, de dois anos de prisão.

A grande vantagem do equilíbrio de John Nash é justamente trabalhar com o princípio da cooperação, norma fundamental do processo civil contemporâneo extraída do art. 6º, CPC (todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva).

Nas palavras de Alexandre Câmara, o modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “cooperar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado. Só decisões judiciais construídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito. O modelo de processo cooperativo, participativo, exige de todos os seus sujeitos que atuem de forma ética e leal, agindo de modo a evitar vícios capazes de levar à extinção do processo sem resolução do mérito, além de caber-lhes cumprir todos os deveres mútuos de esclarecimento e transparência (FPPC, enunciado 373).

Como regra, mediadores, partes, advogados, defensores públicos não foram estimulados a interagirem ainda na infância de forma cooperativa. Pelo contrário, o estímulo como regra direciona-se à competição, até mesmo em brincadeiras pedagógicas na escola. Em razão disto, ao presumirem que se encontram em uma dinâmica competitiva, as partes passam a agir de forma não colaborativa e, por conseguinte, têm resultados individuais muito inferiores aos que poderiam obter se adotassem postura cooperativa, daí porque é



imprescindível que na mediação as partes sejam estimuladas a racionalizar as estratégias de otimização de ganho individual a partir da cooperação.

Alternativa C: Correta.

A regra segundo o CPC/15 é de que ocorra audiência de conciliação/sessão de mediação. Excepcionalmente, a audiência pode não ocorrer em duas hipóteses (art. 334, §4º, CPC):

(i) O direito não admitir autocomposição. Notem que mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de transação. O art. 3º, da lei de mediação (lei 13.140/15) prevê expressamente que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

(ii) Ambas as partes terem demonstrado desinteresse na audiência. O desinteresse deve ser bilateral, nos termos da lei.

A alternativa está correta, pois afirma que a audiência de conciliação ou sessão de mediação não será dispensada no caso de direito indisponível. A questão estaria errada se dissesse, de modo diverso, que a audiência de conciliação ou sessão de mediação não será dispensada no caso de direito que não admita autocomposição, visto que isto contrariaria expressamente o texto da lei.

Nos casos das ações de família (art. 693 e ss., CPC), todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação (art. 694, CPC).

Segundo Cristiano Chaves de Faria, nas ações de família, diferentemente do que ocorre no procedimento comum, as sessões de mediação não podem ser dispensadas pela vontade das partes, sendo etapa obrigatória do procedimento de família. Serão realizadas tantas sessões de mediação quantas sejam necessárias, de modo a tentar resolver o conflito por meio de acordo.

Alternativa D: Incorreta.

O erro da alternativa é colocar como consequência do não comparecimento na audiência de conciliação a revelia do réu.

A revelia é um ato-fato processual que consiste na não apresentação tempestiva da contestação (art. 344, CPC), tratando-se de espécie de contumácia passiva.



O não comparecimento injustificado do réu – ou do autor – na audiência de conciliação/sessão de mediação implica na configuração de ato atentatório à dignidade da justiça, com a consequente sanção com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, § 8o, CPC), mas não há revelia do réu.

O prazo para oferecimento de resposta do réu será contado a partir da audiência de conciliação ou sessão de mediação quando qualquer parte não comparecer ou quando, comparecendo, não houver autocomposição. Isto significa dizer que apenas será considerado revel o réu que, ultrapassado o prazo de 15 dias úteis a partir da audiência de conciliação/Sessão de mediação, não apresentar sua contestação. O não comparecimento à audiência por si só não induz a revelia do réu.

Atenção! Em sede de juizado especial cível, a Lei 9.099/95 (art. 20) estabelece que o que implica na revelia do réu é a ausência na audiência de conciliação, não a ausência de contestação.

Alternativa E: Correta.

Esta alternativa é uma pegadinha que eu retirei da I Jornada do CJF de prevenção e solução extrajudicial de litígios, que ocorreu nos dias 22 e 23 de agosto de 2016 (vale a leitura dos enunciados!).

O enunciado 29 diz expressamente o seguinte: Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.

Apesar de não estar previsto no texto da lei e de ter natureza de doutrina, o fato de o entendimento estar presente em um enunciado do CJF que foi aprovado por ministros do STJ revela a importância de ser conhecido.

59. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas:

(A) mesmo quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.



(B) quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social.

(C) diante de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

(D) para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

(E) quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Gabarito: letra C.

Esta questão é basicamente letra seca do Código de Processo Civil no tema de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, novidade do CPC/15 e que tem bastante matéria para ser explorada nos concursos para Defensoria Pública, especialmente porque a Defensoria Pública é uma das legitimadas para instaurar o incidente, seja a instituição propriamente dita como legitimada extraordinária (art. 977, III, CPC), seja como representante processual de uma das partes (art. 977, II, CPC).

Alternativa A:

A alternativa “a” vai de encontro com o que está expressamente previsto no art. 976, §4º, CPC:

Art. 976, §4º. É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Alternativa B: Incorreta.

A alternativa reflete a hipótese de cabimento do Incidente de Assunção de Competência, previsto no art. 947, CPC, e não do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, seguindo exclusivamente a letra da lei.

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.



Alternativa C: Correta.

As hipóteses de cabimento do IRDR estão positivadas no art. 976, CPC e são cumulativas.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Alternativa D: Incorreta.

O mecanismo capaz de garantir o respeito às decisões dos tribunais superiores é a Reclamação, prevista no art. 988, CPC.

A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento na teoria dos poderes implícitos. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais. a resguardar a competência dos tribunais.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Alternativa E: Incorreta.

O IRDR, diferentemente do IAC, jamais será preventivo, visto que é requisito essencial para a sua instauração a efetiva repetição de processos.

De modo diverso, o IAC pode ser mecanismo utilizado para prevenção ou composição divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, de acordo com o art. 947, §4º, CPC.



Art. 947, § 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

60. É hipótese de interposição de Agravo de Instrumento segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

- (A) Decisão interlocutória de redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373 §1o, CPC.
- (B) Decisão interlocutória que afasta arguição de impossibilidade jurídica do pedido.
- (C) Decisão que resolve, em primeiro grau, requerimento de distinção (distinguishing) entre questão a ser decidida no processo concreto e aquela a ser julgada em recurso especial e extraordinário repetitivo.
- (D) Decisão interlocutória que mantém litisconsorte.
- (E) Decisão que nega pedido para que ocorra julgamento antecipado parcial do mérito.

Gabarito: letra B.

Nessa questão escolhemos falar sobre um tema muito recorrente em provas de concurso público depois do Código de Processo Civil de 2015, que são as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento.

Inicialmente, vamos traçar a evolução sobre a forma de interpretação do art. 1015, CPC e, depois, lembrar do julgamento do REsp repetitivo n. 1.704.520/MT, que sedimentou a questão.

O CPC/15 eliminou a figura do agravo retido e trouxe um rol de decisões recorríveis de imediato por meio de Agravo de Instrumento, que são aquelas arroladas no art. 1015, CPC. Estas decisões estão sujeitas à preclusão imediata, de modo que, caso não seja interposto o recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão expressamente prevista no rol do art. 1015, não mais será possível impugnar a questão mais tarde.



As demais decisões que não estão arroladas no art. 1015, CPC, a princípio, devem ser impugnadas em sede de Apelação ou Contrarrazões de Apelação (art. 1009, §1o, CPC). Opera-se, neste caso, a preclusão elástica, pois a decisão não será atacável de imediato por meio de Agravo de Instrumento e apenas se tornará indiscutível caso não seja suscitada a questão em sede de Apelação ou Contrarrazões de Apelação.

O problema da solução legislativa foi justamente a existência de questões urgentes que devem ser examinadas pelo Tribunal imediatamente e que não foram previstas pelo legislador ordinário, sendo certo que, em alguns casos, a apreciação pelo tribunal de forma diferida poderia causar prejuízos às partes e a inutilidade futura da apreciação da matéria.

O exemplo mais típico de situação urgente não contemplada pelo art. 1015, CPC é a decisão que versa sobre competência, o que fez com que, em 14 de novembro de 2017, o STJ decidisse interpretar o rol do art. 1015, CPC de modo a abarcar a hipótese de decisão que versa sobre competência, a partir de uma interpretação extensiva da norma contida no inciso III, do art. 1015, CPC (que trata da convenção de arbitragem). A gravidade das consequências da tramitação de uma causa perante juízo incompetente permite interpretação mais ampla do inciso III do artigo 1.015, CPC, de forma que o agravo de instrumento possa ser considerado recurso cabível para afastar a incompetência, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. Isto porque a demora na análise desses casos pode, segundo o relator Luis Felipe Salomão, ensejar consequências danosas ao jurisdicionado e ao processo, além de tornar extremamente inútil se aguardar a definição da questão apenas no julgamento pelo Tribunal de Justiça, em “preliminar” de apelação.

Diante da existência de decisões interlocutórias que precisam ser enfrentadas imediatamente, à luz da inafastabilidade da jurisdição e do efetivo acesso à justiça, surgiram três correntes na doutrina acerca da interpretação do rol do art. 1015, CPC:

Correntes de interpretação sobre o rol do art. 1.015 do CPC/2015 ⁶		
1) o rol é absolutamente taxativo (deve ser interpretado restritivamente)	2) o rol é taxativo, mas admite interpretação extensiva ou analogia	3) o rol é exemplificativo
Houve uma opção consciente do legislador	Os incisos do art. 1.015 não podem ser interpretados de forma literal.	O rol é exemplificativo, de modo que a recorribilidade da decisão interlocutória

⁶ Tabela extraída do site Dizer o Direito: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/02/cabimento-do-agravo-de-instrumento.html>.



pela enumeração taxativa das hipóteses. Não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena, inclusive, de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo CPC/2015.	Os incisos devem ser interpretados de forma extensiva para admitir situações parecidas.	deve ser imediata, ainda que a situação não conste no art. 1.015 do CPC.
Fernando Gajardoni, Luiz Delloro, André Roque, Zulmar Oliveira Jr.	Fredie Didier Jr., Leonardo da Cunha, Teresa Arruda Alvim, Cássio Scarpinella.	William Santos Ferreira e José Rogério Cruz e Tucci.

A Corte Especial do STJ, porém, em 05 de dezembro de 2018, no julgamento do REsp 1.704.520/MT, sob a égide dos recursos repetitivos, entendeu que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada e, por isso, admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Desse modo, o Agravo de Instrumento será cabível: (i) nos casos previstos expressamente no art. 1015, CPC, situações em que a urgência foi presumida pelo legislador; e (ii) mesmo que a situação esteja fora da lista do art. 1015, desde que verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de Apelação.

Em razão da grande celeuma instaurada acerca das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, o C.STJ já foi chamado para se manifestar sobre o tema e neste ponto está a pegadinha da questão. Apesar de outras alternativas tratarem de hipóteses de Agravo de Instrumento, apenas a alternativa “b” tratou de caso reconhecido pelo C.STJ como decisão impugnável por Agravo de Instrumento.

Alternativa A: Incorreta.

A alternativa “a” está expressamente prevista no inciso VI, do art. 1015, CPC, não se tratando, assim, de hipótese de Agravo de Instrumento criada pelo C.STJ, mas pelo próprio legislador ordinário:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º.

Atenção! A questão não tratava sobre a inversão do ônus da prova nas ações que envolvem relação de consumo. Esta sim foi alvo de julgamento pelo C.STJ no julgamento



do REsp 1.729.220/CE , o que tornaria a assertiva correta. Neste julgamento o C.STJ entendeu que é cabível a impugnação imediata da decisão interlocutória que verse sobre quaisquer das exceções mencionadas no art. 373, §1º, do CPC/15, aí incluída a atribuição do ônus da prova pelo juiz em hipóteses previstas em lei de que é exemplo a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC. Isto porque somente assim haverá a oportunidade de a parte que recebe o ônus da prova no curso do processo dele se desvencilhar, seja pela possibilidade de provar, seja ainda para demonstrar que não pode ou que não deve provar, como, por exemplo, nas hipóteses de prova diabólica reversa ou de prova duplamente diabólica.

Alternativa B: Correta.

A decisão interlocutória que acolhe ou afasta a arguição de impossibilidade jurídica do pedido foi compreendida como decisão de mérito pelo C.STJ, razão pela qual é impugnável de imediato por meio de Agravo de Instrumento, nos termos do art. 1015, II, CPC.

A questão traz uma polêmica que aflorou com a edição do CPC/15: (in)existência das condições da ação no ordenamento jurídico brasileiro.

Condição da ação, segundo Fredie Didier (Curso de Direito Processual Ciivil, vol. 1, p. 343), é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial. Não seriam questões de mérito, nem seriam propriamente questões de admissibilidade, seriam apenas questões relacionadas à ação.

O CPC/73 autorizava no art. 267, VI que o processo fosse extinto sem resolução de mérito quando “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

O CPC/15 não mais menciona a categoria condição da ação, o que trouxe grande divergência doutrinária acerca da subsistência desta categoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Fato é que a legitimidade e o interesse, previstos no art. 17, CPC, estão contemplados como causas de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VI, CPC), mas não há consenso na doutrina acerca da natureza de ambos institutos, se permanecem como condições da ação (Alexandre Câmara) ou se passaram a ser considerados pressupostos processuais (Fredie Didier).

A possibilidade jurídica do pedido, que é o que nos interessa nesta questão, passou a ser tratada no CPC/15 como hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC). A improcedência liminar do pedido é, sem dúvida, uma questão afeta ao mérito do processo.



No momento em que o juiz sentencia julgando improcedente liminarmente o pedido, ele está extinguindo o processo com resolução de mérito (art. 487, CPC). Logo, por se tratar de questão de mérito, o recurso cabível quando se tratar de impugnação de decisão interlocutória é o Agravo de Instrumento (art. 1015, II, CPC).

A requalificação da possibilidade jurídica do pedido de uma condição da ação para uma questão de mérito consta expressamente da Exposição de Motivos do CPC/15:

Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.

A conclusão é de que a possibilidade jurídica do pedido compõe uma parcela do mérito em discussão no processo, suscetível de decomposição e que pode ser examinada em separado dos demais fragmentos que o compõem, razão pela qual a decisão interlocutória que versar sobre esse tema, seja para acolher a alegação, seja também para afastá-la, em verdade, versará sobre uma parte do mérito que se cristalizará após o julgamento. Este foi o entendimento do C.STJ no REsp 1757123/SP, julgado em 15/08/2019.

Alternativa C: Incorreta.

A hipótese de Agravo de Instrumento contra decisão que resolve requerimento de distinguishing formulado pela parte no caso de afetação da questão para julgamento em recurso repetitivo está expressa no art. 1037, § 13, CPC:

Art. 1037:

§ 9º. Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - Agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau.

Não se trata, pois, de hipótese de Agravo de Instrumento segundo o C.STJ, mas sim de expressa previsão legal.

Vale lembrar que o C.STJ, no julgamento do REsp 1.846.109/SP, decidiu que o procedimento de distinção previsto no art. 1037, §§ 9º a 13, CPC aplica-se também ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), à luz do microsistema de formação de precedentes vinculantes. O C.STJ entendeu neste julgado que a decisão



interlocutória que resolve o pedido de distinção em relação à matéria objeto de IRDR é impugnável por meio de Agravo de Instrumento, assim como ocorre com os recursos especial e extraordinário repetitivos. Caso a alternativa tratasse do IRDR, portanto, estaria correta, pois se trata de hipótese de Agravo de Instrumento segundo o C.STJ.

Alternativa D: Incorreta.

O art. 1015, VII, CPC trata da hipótese de Agravo de Instrumento no caso de exclusão de litisconsorte e não decisão que indefere o pedido de exclusão de litisconsorte, ou seja, de manutenção de litisconsorte. Diante disto, o C.STJ entendeu o seguinte:

A decisão interlocutória que rejeita excluir o litisconsorte, mantendo no processo a parte alegadamente ilegítima, todavia, não é capaz de tornar nula ou ineficaz a sentença de mérito, podendo a questão ser reexaminada, sem grande prejuízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação.

Por mais que o conceito de "versar sobre" previsto no art. 1.015, caput, do CPC/15 seja abrangente, não se pode incluir no cabimento do agravo de instrumento uma hipótese ontologicamente distinta daquela expressamente prevista pelo legislador, especialmente quando a distinção está teoricamente justificada pelas diferentes consequências jurídicas causadas pela decisão que exclui o litisconsorte e pela decisão que rejeita excluir o litisconsorte .

Dessa forma, não é caso de impugnação por meio de Agravo de Instrumento a decisão que mantém o litisconsorte, segundo o C.STJ.

Alternativa E: Incorreta.

A decisão parcial de mérito é um caso expresso de cabimento de Agravo de Instrumento pela lei, extraído do art. 356, §5º, CPC. Ocorre que no caso de o juiz não decidir parcialmente o mérito por entender ser necessária dilação probatória, não há questão incontroversa que possibilite a prolação de decisão de mérito, sendo inviável a impugnação por meio de Agravo de Instrumento. Este foi o entendimento do C.STJ, no julgamento do AgInt no AREsp 1.411.485/SP :

Consoante dispõe o art. 356, caput, I e II, e § 5º, do CPC/2015, o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrarem-se incontroversos ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355, sendo a decisão proferida com base neste artigo impugnável por agravo de instrumento. 3. No caso, conforme asseverou o acórdão recorrido, a decisão do Juízo singular não ingressou no mérito, justamente porque entendeu pela necessidade de dilação probatória, deferindo as provas testemunhal e pericial. Logo, não havendo questão incontroversa que possibilitasse a prolação de decisão de mérito, inviável se falar, por conseguinte, na



impugnação do referido decisum por meio de agravo de instrumento, por não estar configurada a hipótese do art.

1.015, II, do CPC/2015.

Direitos Difusos e Coletivos

61. Sobre o mandado de segurança, de acordo com o que consta na Lei nº 12.016/09 e entendimento pacificado pelos Tribunais Superiores, assinale a alternativa incorreta:

(A) A Lei 12.016/2009, assim como a própria Constituição Federal, preveem expressamente a modalidade mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos líquidos e certos de natureza metaindividual, não tutelados por habeas corpus ou habeas data.

(B) Conforme expressa disposição legal, o mandado de segurança coletivo somente pode tutelar direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, não abrangendo os direitos de índole difusa.

(C) Tal como se verifica na ação civil pública no âmbito da Lei nº 7.347/1985, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Administração Pública direta e indireta e as associações, constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e etc, constam expressamente como legitimados à impetrar mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei nº 12.016/2009.

(D) Não consta na Lei nº 12.016/2009, tal como consta na Lei nº 7.347/1985 sobre as ACPs, a possibilidade de se relativizar o prazo de 1 (um) ano de constituição das associações para serem consideradas legitimadas ao ajuizamento de mandado de segurança coletivo.

(E) A Lei 12.016/2009 prevê expressamente a possibilidade de a associação legitimada no mandado de segurança coletivo tutelar interesse de parcela de seus membros, dispensando, ainda, o requisito da autorização dos associados.

Gabarito: Letra C



O mandado de segurança coletivo é remédio constitucional, previsto primeiramente pela Constituição de 1988, que integra as chamadas ações coletivas. O regramento básico do mandado de segurança, que contempla os requisitos do mandado de segurança individual e coletivo, é extraído do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual estabelece:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Do referido dispositivo, se extrai que o mandado de segurança somente tem lugar em caso de: (i) prática de ato ilegal ou com abuso de poder; (ii) lesão ou ameaça de lesão à direito; (iii) praticado por autoridade ou agente no exercício de atribuições do Poder Público; (iv) direito atingido deverá ser demonstrado de plano, sem a necessidade de dilação probatória; (v) impossibilidade de tutela do direito por meio de *habeas corpus* ou *habeas data*.

Além dos requisitos comuns acima especificado, o mandado de segurança coletivo possui requisitos próprios, sendo o principal a tutela de direitos metaindividuais. Destaca-se, nesse sentido, que anteriormente ao advento da Lei nº 12.016/2009, era predominante na doutrina e na jurisprudência um entendimento ampliativo, segundo o qual o MS coletivo poderia ser impetrado para a tutela de qualquer direito coletivo em sentido lato: difusos, coletivos e individuais homogêneos, sob o argumento de que os dispositivos constitucionais que o previam não faziam distinção, bem como pelo fato de existir previsão expressa no ECA de mandado de segurança para todas as espécies de direitos coletivos.

Com o advento da Lei nº 12.006/2009, contudo, houve uma restrição no rol de direitos tutelados pelo *mandamus* coletivo, estabelecendo o artigo 21, da referida Lei ser o remédio constitucional aplicável tão somente para aos direitos coletivos *strictos sensu* e individuais homogêneos:

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.



Não obstante ainda existirem entendimentos doutrinários e mesmo jurisprudencial acerca da possibilidade de utilização do MS coletivo para a tutela dos direitos difusos, partindo-se da posição anteriormente consignada, bem como se reconhecendo a existência de verdadeiro microsistema dos direitos difusos e coletivos, devendo-se, assim, em provas subjetivas de defensorias argumentar pela prevalência de tal interpretação, no Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento de que o mandado de segurança coletivo somente pode tutelar as modalidades de direitos metaindividuais elencados pela LMS. Senão, vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VICEPRESIDENTE DA REPÚBLICA. FUNÇÕES EXERCIDAS DURANTE A SUBSTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DA PRESIDENTE. 1. É, no mínimo, discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político para a tutela de direitos difusos. De toda forma, é indubitosa a ilegitimidade ativa da parte impetrante, diretório municipal de partido político, para impetrar mandado de segurança coletivo de âmbito nacional. Aplicabilidade da jurisprudência do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. 2. Além disso, acolher a pretensão do impetrante inviabilizaria a administração do País, daria alcance exagerado à segurança jurídica, desvirtuaria a finalidade do prazo de afastamento do Presidente da República e daria aos Ministros de Estado, durante o afastamento, uma estabilidade que eles não teriam em caso de não suspensão da Chefe do Poder Executivo. 3. Writ a que se nega seguimento.⁷

No que concerne à competência, oportuno salientar que, em se tratando de espécie de mandado de segurança, o *writ* coletivo deve considerar o princípio da hierarquia, de modo que a competência será definida de acordo como cargo ou função da autoridade, diferentemente do que ocorre com as ações coletivas no geral.

Outro ponto polêmico acerca do mandado de segurança coletivo diz respeito à sua legitimidade ativa, ou seja, sobre quem são os legitimados à impetrar o *mandamus* em prol da coletividade.

Tanto a Constituição Federal quanto à LMS, ao tratarem da legitimidade, contemplaram rol menos extenso do que o previsto na Lei da ACP, apontando como legitimados tão somente (i) partidos políticos com representação no Congresso Nacional; (ii) organização sindical, entidade de classe ou associações constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, na defesa de seus membros ou associados.

⁷ Mandado de Segurança nº 34.196/DF. STF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 11.05.2016.



No que concerne à legitimidade das associações para a impetração do MS coletivo, imperioso o destaque de algumas peculiaridades do remédio constitucional em relação às ACPs:

- Requisito da pré-constituição há pelo menos 1 (um) anos, expressamente relativizado pela LACP⁸, não pode ser dispensado no âmbito do mandado de segurança coletivo, vez que previsto na Constituição Federal, inexistindo a referida ressalva tanto na CF quanto na própria LMS.
- Diferentemente do que prevalece em relação às ACPs, em que é necessária autorização especial expressa dos associados deliberada em assembleia⁹, em razão dos disposto no artigo 5º, inciso LXX, b, da Constituição Federal¹⁰, desnecessária a expressa autorização dos membros para se impetrar mandado de segurança coletivo, bastando a existência de previsão genérica em seu estatuto. Em tal sentido, redação da Súmula 629, do STF, bem como da parte final do *caput* do artigo 21, da LMS.

Destaca-se, ainda, que não obstante a Súmula 630, do STF já prever a possibilidade de impetração do *mandamus* coletivo em benefício tão somente de parte dos associados, a Lei nº 12.016/2009 previu expressamente, também no *caput* do artigo 21, a possibilidade da tutela dos direitos de parcela dos associados.

Por fim, cabe esclarecer se rol previsto na Constituição Federal e LMS é taxativo ou meramente exemplificativo. Em provas subjetivas, em que é possível uma ampla argumentação, imperioso sustentar a plena possibilidade de ampliação do rol de legitimados, em vista a consagração dos princípios da não taxatividade, máximo benefício da tutela coletiva do próprio princípio do acesso à justiça.

Argumenta-se a favor de uma interpretação ampliativa do rol de legitimados, entendendo-se pela efetiva legitimidade da Defensoria Pública em impetrar MS coletivo:

- (i) Tanto a LMS quanto a Constituição Federal não empregaram advérbio limitadores, de modo que, em sendo o mandado de segurança uma garantia constitucional fundamental, inviável uma interpretação restritiva;
- (ii) A existência de um verdadeiro microsistema dos direitos difusos e coletivos traz como consequência uma verdadeira integração dos diversos diplomas

⁸ Art. 5º, § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁹ Tese definida no RE 573.232, rel. min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P, j. 14-5-2014, DJE 182 de 19-9-2014, Tema 82.

¹⁰ LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;



normativos, que se integram e se complementam, de modo que a previsão de outros legitimados no CDC, LACP, LAP e etc., estende-se ao mandado de segurança coletivo;

(iii) O artigo 134, da Constituição Federal traça perfil constitucional à Defensoria Pública incompatível com eventual restrição para a impetração de MS no cumprimento de suas funções institucionais;

(iv) A legitimidade da Defensoria Pública para a impetração de mandado de segurança coletivo advém, ademais, do disposto nos incisos VII, VIII, IX e X, do artigo 4º, da Lei Complementar 80/1994, os quais preveem:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal;

*IX – impetrar **habeas corpus**, mandado de injunção, **habeas data** e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;*

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

Não obstante os referidos argumentos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores permanece tímida acerca de uma interpretação extensiva sobre os legitimados à impetração do mandado de segurança coletivo, prevalecendo, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que o rol previsto na LMS é taxativo.

RESPOSTA: ALTERNATIVA C

- a) CORRETA. Tanto a Constituição Federal (art. 5º, inciso LXX) quanto a Lei 12.016/2009 (art. 21 e seguintes) preveem expressamente a modalidade de coletiva de mandado de segurança, possuindo os mesmos requisitos básicos do mandado de segurança individual: (i) prática de ato ilegal ou com abuso de poder; (ii) lesão ou ameaça de lesão à direito; (iii) praticado por autoridade ou agente no exercício de



atribuições do Poder Público; (iv) direito atingido deverá ser demonstrado de plano, sem a necessidade de dilação probatória; (v) impossibilidade de tutela do direito por meio de *habeas corpus* ou *habeas data*.

- b) CORRETA. A LMS limita o objeto dos mandados de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, não constando, no rol do artigo 21, parágrafo único, a possibilidade de defesa dos direitos de índole difusa. Em que peses em provas de defensorias, sobretudo as subjetivas, ser imperiosa a defesa de uma interpretação extensiva aos direitos difusos, importante ter conhecimento do conteúdo da LMS e do posicionamento jurisprudencial prevalente pela impossibilidade de defesa dos direitos coletivos.
- c) ERRADA. Como visto anteriormente, o rol de legitimados previstos na CD e LMS é extremamente restrito, englobando tão somente os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as entidades sindicais, de classe e associações constituídas a pelo menos 1 (um) ano. A extensão do rol de legitimados deve ser defendida, sobretudo em provas subjetivas, mas não consta expressamente nos diplomas legais em questão.
- d) CORRETA. Não consta na Lei nº 12.016/2009, tal como consta na Lei nº 7.347/1985 sobre as ACPs, a possibilidade de se relativizar o prazo de 1 (um) ano de constituição das associações para serem consideradas legitimadas ao ajuizamento de mandado de segurança coletivo. Em tal sentido, tem-se que o referido requisito de constituição das associações para se impetrar o *mandamus* possui previsão constitucional, sem qualquer relativização, não podendo, assim aplicar a LACP analogicamente.
- e) CORRETA. O *caput* do artigo 21, da Lei 12.016/2009 prevê expressamente a possibilidade de a associação legitimada no mandado de segurança coletivo tutelar interesse de parcela de seus membros, dispensando, ainda, o requisito da autorização dos associados. Tal previsão é um dos diferenciais do mandado de segurança coletivo para a ação civil pública, em que há entendimento pacificado pelo Colendo STF quanto à necessidade de autorização especial dos membros da associação no que concerne ao ajuizamento de ação civil pública pela associação.

62. Assinale a alternativa que correlaciona corretamente os princípios atinentes ao direito processual coletivo com seus respectivos conceitos:

(A) O princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva preconiza que, dada a relevância social dos direitos tutelados pelas ações coletivas, é inviável a desistência



imotivada da ação, devendo-se, em tais casos, ser procedida a assunção do polo ativo por outro legitimado.

(B) O princípio da indisponibilidade ou disponibilidade motivada estabelece a necessidade da priorização do julgamento do mérito nas ações coletivas, impondo-se, assim, o abandono do formalismo excessivo pelo Poder Judiciário, a fim de que, dado alcance das decisões, efetive a pacificação social pela solução dos conflitos sociais.

(C) O princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva estabelece a possibilidade de defesa dos interesses coletivos por meio de todas as espécie de ações, procedimentos e provimentos.

(D) O princípio da atipicidade da ação coletiva estabelece a inexistência de taxatividade ou limitação no que tange ao bens e direitos que podem ser tutelados pela via coletiva.

(E) Segundo o princípio da máxima amplitude do processo coletivo a coisa julgada nas ações coletivas poderão ser utilizadas pelas vítimas e seus sucessores, invocando o direito nela reconhecido, sem a necessidade de ajuizamento de ação individual

Gabarito: Letra D

Além dos princípios gerais do processo, os quais se manifestam de maneira diferenciada no âmbito do processo coletivo, tal como o acesso à justiça, a universalidade da jurisdição, participação no processo e pelo processo e o princípio da economia processual, o direito processual coletivo possui rol de princípios próprios e específicos, os quais coadunam com sua autonomia em relação ao processo civil.

Em tal sentido, doutrina e jurisprudência reconhecem, dentre outros, a existência dos seguintes princípios específicos do direitos processual coletivo:

- 1) **Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito de Processo Coletivo:** no processo coletivo o princípio da instrumentalidade das formas aparece de uma maneira ainda mais acentuada, em razão da importância e extensão do alcance das tutelas de tais direitos. Assim, reconhecendo-se a importância da resolução dos conflitos sociais de âmbito coletivo, deve-se priorizar, em detrimento do formalismo excessivo, a efetiva apreciação do mérito da demanda coletiva. Destaca-se, em tal sentido, que o anteprojeto no Código Brasileiro de Processo Coletivo prevê expressamente a instrumentalidade das formas e a flexibilização da técnica processual, a fim de fortalecer a ideia da prevalência da julgamento do mérito das demandas coletivas.
- 2) **Princípio da Máxima Prioridade Jurisdicional da Tutela Coletiva:** o referido princípio tem por escopo a priorização da resolução das demandas coletivas em relação



às individuais. Aponta a doutrina, como exemplo da aplicabilidade de tal princípio, o disposto no artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Consistem justificativas para a priorização da tutela coletiva: (i) se evitar a proliferação de ações individuais com o mesmo objeto; (ii) se evitar decisões conflitantes entre as possíveis sentenças individuais; (iii) regra de sopesamento de que o interesse da coletividade deve, no geral, prevalecer sobre o individual.¹¹

3) Princípio da Indisponibilidade ou Disponibilidade Motivada da Ação Coletiva: princípio segundo o qual, dada a relevância social dos direitos veiculados em demandas coletivas, eventual pedido de desistência infundada ou imotivada não induz a extinção do processo, mas tão somente assunção do polo ativo por outro legitimado ativo ou pelo Ministério Público, nos termos do artigo 5º, §3º, da LACP: *§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.* Ressalta-se, por cautela, que em sendo devidamente justificada a desistência, viável a extinção do processo sem resolução do mérito, sem a necessidade de substituição do polo ativo.

4) Princípio da Não Taxatividade ou Atipicidade da Demanda Coletiva: Princípio que impõe a não existência de rol taxativo de direitos e interesses a serem tutelados por meio da tutela coletiva, sendo esta utilizada para a defesa de qualquer interesse metaindividual, não se podendo taxar ou tipificar quais direitos podem ou não serem objeto de uma ação coletiva. A doutrina entende que, não obstante a vigência do referido princípio, alguns dispositivos legais ofendem o referido princípio:

- Artigo 1º, parágrafo único, da LACP: *Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (incluído em 2001);*
- Artigo 21, parágrafo único, da LMS: *Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:*

¹¹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos, 7ª edição, 2017, Editora Método; p. 43.



I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

5) Princípio do Máximo Benefício da Tutela Coletiva: o referido princípio dispõe que os indivíduos titulares dos direitos tutelados por ações coletivas somente serão atingidos pela demanda coletiva quando por ela beneficiados. Em tal sentido, a coisa julgada na ação coletiva beneficia os titulares, os quais poderão se valer do *quantum* julgado, sem a necessidade do ajuizamento de ações individuais com o mesmo objeto. O referido fenômeno é conhecido como transporte *in utulibus* da coisa julgada coletiva, e tem previsão legal no §3º, do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor.

6) Princípio da Máxima Amplitude do Processo Coletivo: princípio que preconiza que, no âmbito da tutela coletiva, são cabíveis todas as espécies de ações (conhecimento, execução), procedimentos e provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental) e todas as espécies de tutelas. O referido princípio decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), assim como de uma leitura conjunta dos artigos 12 e 21, da LACP, com o artigos 83 e 90, do Código de Processo Civil. Pode-se dizer, ademais, que o parágrafo único do artigo 21 da LMS, por restringir o objeto do mandado de segurança coletivo, além de ferir o princípio da não taxatividade, esbarra no princípio da máxima amplitude do processo coletivo, por excluir de seu objeto a tutela dos direitos difusos.

7) Princípio da Ampla Divulgação da Demanda Coletiva: preconiza a necessidade da ampla divulgação da existência de demanda coletiva, com o intuito de dar conhecimento de eventuais vítimas de violações direito e obstar o ajuizamento de demandas individuais com o mesmo objeto, dando-se, assim, maior efetividade ao instrumento coletivo. Tem previsão expressa no artigo 94, do Código de Defesa do Consumidor.

RESPOSTA: ALTERNATIVA D

- a) ERRADA. O princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva tem por escopo a priorização da resolução das demandas coletivas em relação às individuais. O conceito descreve, em verdade, o princípio da disponibilidade motivada.



- b) O princípio da indisponibilidade ou disponibilidade motivada estabelece que dada a relevância social dos direitos tutelados pelas ações coletivas, é inviável a desistência imotivada da ação. O conceito descrito se refere ao princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito.
- c) ERRADO. Segundo o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva estabelece que a coisa julgada nas ações coletivas poderão ser utilizadas pelas vítimas e seus sucessores, invocando o direito nela reconhecido, sem a necessidade de ajuizamento de ação individual. O conceito descrito refere-se ao princípio da máxima amplitude do processo coletivo.
- d) CORRETA. Princípio da atipicidade ou da não taxatividade das demandas coletivas estabelece a inexistência de taxatividade ou limitação no que tange ao bens e direitos que podem ser tutelados pela via coletiva.
- e) ERRADA. O princípio da máxima amplitude do processo coletivo a coisa julgada estabelece, em verdade a possibilidade de defesa dos interesses coletivos por meio de todas as espécie de ações, procedimentos e provimentos. O conceito descrito na alternativa corresponde ao princípio da máxima efetividade das ações coletivas.

63. Acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de demandas coletivas, assinale a alternativa correta:

- (A) Tendo em vista que a função institucional da Defensoria Pública de defesa dos direitos individuais e coletivos se restringe aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal, inviável o ajuizamento de ação civil pública que beneficie, direta ou indiretamente, pessoas não vulneráveis economicamente.
- (B) A legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública teve seu objeto limitado, em razão do julgamento da ADI 3.943/DF, proposta pelo CONAMP, excluindo-se a possibilidade da tutela coletiva de direitos difusos pela Defensoria Pública.
- (C) A Emenda Constitucional 80/2014, ao alterar o artigo 134 e seguintes da Constituição e traçar novo perfil constitucional à Defensoria Pública, constitucionalizou a função institucional de defesa dos direitos difusos e coletivos.
- (D) A Defensoria Pública consta expressamente como legitimada à propositura de todas as espécies de ações coletivas, incluindo-se as ações de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo, constando tal legitimidade nas respectivas leis.



(E) A redação originária do artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), já previa a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, tendo a LC 132/2009, que alterou a LC 80/1994 tão somente ampliado tal legitimidade às demais modalidades de ações coletivas.

Gabarito: Letra C

A legitimidade da Defensoria Pública na tutela coletiva, tendo em vista sua importância e a existência de alguma resistência quanto ao seu amplo reconhecimento, é tema de suma importância nos estudos de concursos para a carreira.

Realizando um breve histórico no que concerne à legitimidade da Defensoria no âmbito das ações coletivas, tem-se que a LACP, em sua redação original de 1985, não previa a Defensoria Pública expressamente como legitimada ao ajuizamento de ação civil pública, vindo a constar como legitimada no rol artigo 5º, tão somente com a reforma operada pela Lei nº 11.448/2007.

Não obstante, mesmo antes do advento da referida Lei, a legitimidade da Defensoria para a tutela coletiva poderia ser extraída de uma interpretação conjunta do artigo 5º, inciso IV, da LACP, da redação original do artigo 134, da Constituição Federal e do artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, existindo inclusive precedentes, no âmbito do STJ, reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública, antes do advento da Lei nº 11.448/2007.

A alteração operada pela LC 132/2009, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC 80/1994, previu a legitimidade da Defensoria Pública na tutela coletiva como parte integrante de suas funções institucionais, estabelecendo, no inciso VII do artigo 4º, constituir função da Defensoria: *promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.*

Por fim, tem-se que a EC 80/2014, ao alterar o artigo 134, da Constituição Federal e traçar um novo perfil constitucional à Defensoria Pública, constitucionalizou a função institucional da defensoria de defesa dos direitos difusos e coletivos dos necessitados, assim estabelecendo:

*Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial,***



dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Ressalta-se, por cautela, que não obstante o dispositivo em questão fazer menção ao disposto no inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição, o qual dispõe sobre os indivíduos economicamente vulneráveis, é pacífica a legitimidade da defensoria na defesa, em ações de âmbito individual e coletivo, dos chamados de “necessitados em sentido amplo” ou “vulneráveis organizacionais”. Sobre o tema, breve esclarecimento do professor Tiago Fensterseifer, na obra “Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública”:

Para além da perspectiva estritamente econômica, é importante, para atender aos ditames constitucionais de forma plena, a proteção especial de determinados grupos sociais, em razão da presunção da sua vulnerabilidade existencial, o que faz com que seja atribuída à Defensoria Pública a tutela e promoção de seus direitos. É bem verdade que, sobretudo diante da desigual realidade social brasileira, a vulnerabilidade econômica se somará a outras formas de vulnerabilidade existencial, potencializando, ainda mais o grau de vulnerabilidade e privação de direitos a certos indivíduos. De acordo com as Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade, aprovadas no âmbito da XIV Conferência Judicial Íbero-Americana (Brasília, 2008), consideram-se pessoas em situação de vulnerabilidade “aquelas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o Sistema de Justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.”¹²

Com efeito, a despeito de a Defensoria Pública ter como função precípua a defesa dos necessitados em sentido econômico, possui também a função institucional de tutelar os vulneráveis organizacionais, como a criança e o adolescente, o idoso, a pessoa em situação de violência e os consumidores, os quais, em razão de sua vulnerabilidade existencial possuem uma maior necessidade de tutela no que concerne o acesso à justiça.

Ademais, da simples leitura de tais dispositivos legais é possível verificar a existência de ampla legitimidade da Defensoria Pública, sem qualquer restrição quanto à espécie de direito coletivo a ser defendida, bastando que interesse, potencialmente, aos necessitados econômicos ou organizacionais.

Em tal sentido, imperioso destacar o julgamento da ADI 3.943/DF, na qual o CONAMP questionava a constitucionalidade do inciso II, do artigo 5º, da LACP, sobretudo no que

¹² Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública”, Editora Saraiva, 2015, p. 63.



concerne a legitimidade da Defensoria para o ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto interesses e direitos difusos.

O Supremo Tribunal Federal acabou por consagrar a ampla legitimidade da Defensoria Pública na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Senão, vejamos:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE(E) DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.*¹³

No referido julgado também restou consagrada a desnecessidade de comprovação concreta pela Defensoria Pública de que a ação coletiva ajuizada efetivamente atingiria pessoas tidas como necessitadas em sentido amplo, bastando-se a presunção, dada a situação, de que o provimento da ação beneficiaria pessoas vulneráveis. Senão, vejamos:

Não se está a afirmar a desnecessidade de observar a Defensoria Pública o preceito do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição, reiterado no art. 134 (antes e depois da Emenda Constitucional n. 80/2014). No exercício de sua atribuição constitucional, deve-se sempre averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública. À luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais, acentuados nas manifestações do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e da Presidência da República, a presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas é suficiente a justificar a legitimidade da Defensoria Pública, para não esvaziar, totalmente, as finalidades que originaram a Defensoria Pública como função essencial à Justiça (fl. 550, manifestação da Advocacia-Geral da União). Condicionar a atuação da

¹³ ADI 3.943, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 06.8.2015, Plenário deste Supremo Tribunal Federal.



Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública (conforme determina a Lei n. 7.347/1985) parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da Constituição da República: (...)¹⁴

Por fim, importante ressaltar que, apesar de todo esse avanço legislativo e jurisprudencial no que concerne à legitimidade da Defensoria Pública ao ajuizamento de ações coletivas, nem todos os diplomas legais que preveem instrumentos coletivo preveem a Defensoria Pública como legitimada, a exemplo do que ocorre na Lei de Improbidade Administrativa (artigo 17, Lei nº 8.427/1992), e Lei do Mandado de Segurança (artigo 21, Lei nº 12.016/2006). Em provas subjetivas, é importante sustentar a ampla legitimidade da Defensoria, inclusive para o ajuizamento das referidas demanda, sustentado a existência de um microsistema coletivo e o princípio da máxima amplitude das ações coletivas, bem como ressaltando os dispositivos constitucionais e legais ora estudados. Todavia, em provas objetivas, necessária máxima atenção ao enunciado, tendo em vista a inexistência de previsão legal de tal legitimidade, bem como pelo fato de a jurisprudência majoritária ainda não reconhecer plenamente a referida legitimidade.

RESPOSTA: ALTERNATIVA C

- a) ERRADA. Como acima esclarecido, além de se reconhecer a legitimidade da Defensoria ao ajuizamento de ações individuais e coletivas em benefício dos chamados necessitados em sentido amplo, restou consignado no julgamento da ADI 3.943, pelo STF, a desnecessidade de demonstração concreta de que a ação coletiva beneficie vulneráveis econômicos, bastando-se a presunção de benefício potencial aos necessitados em sentido amplo.
- b) ERRADA. A ADI 3.943/DF, proposta pelo CONAMP foi julgada improcedente, tendo o plenário do STF, na oportunidade, reafirmado a legitimidade da Defensoria Pública no que concerne ao ajuizamento de ação civil pública para a tutela de quaisquer interesses metaindividuais, incluindo-se, por consequência, os de âmbito difuso.
- c) CORRETA. A Emenda Constitucional 80/2014 ampliou a tutela constitucional da Defensoria, traçando um novo perfil à instituição. Dentre as novidades, tem-se a expressa inclusão, como função institucional da defesa dos direitos difusos e coletivos dos necessitados.

¹⁴ ADI 3.943, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 06.8.2015, Plenário deste Supremo Tribunal Federal.



- d) ERRADA. A Defensoria Pública não consta expressamente como legitimada à propositura de todas as espécies de ações coletivas, inexistindo tal previsão, por exemplo, da Lei de Improbidade Administrativa e na Lei do Mandado de Segurança. Todavia, em provas subjetivas, imperiosa a defesa da referida legitimidade, sobretudo em razão do reconhecimento do microsistema do processo coletivo, assim como pelo disposto no artigo 134, da Constituição e no inciso VII, do artigo 4º, da LC 80/1994. Ressalta-se, ademais, que a Lei do Mandado de Injunção, ao disciplinar sobre o MI coletivo, previu expressamente a Defensoria Pública como legitimada (Lei nº 13.300/2016, artigo 12, inciso IV).
- e) ERRADA. A redação originária do artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), não previa a Defensoria Pública como legitimada para o ajuizamento de ação civil pública, tendo tal inclusão sido realizada somente com a reforma operada pela Lei nº 11.448/2007. No mais, a LC 132/2009, que alterou a LC 80/1994 corroborou para a ampliação da de tal legitimidade às demais modalidades de ações coletivas, bem como tornou-a função institucional da Defensoria Pública.

64. Sobre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é correto afirmar:

- (A) Consideram-se direitos coletivos, em sentido estrito, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.
- (B) Os direitos difusos são aqueles considerados transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base..
- (C) São considerados direitos individuais homogêneos aqueles de natureza, indivisível, decorrentes de origem comum, em que os titulares sejam determinados.
- (D) Julgada uma demanda coletiva envolvendo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a coisa julgada sempre terá efeito erga omnes, independente da modalidade do direito abrangido e do provimento dado.
- (E) Nas ações envolvendo direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a coisa julgada se dará *secundum eventum probationis*, enquanto nas ações envolvendo direitos individuais homogêneos a coisa julgada será *secundum eventum litis*.



Gabarito: Letra E

A questão trata de temas relevantes no que concerne ao processo coletivo que são os conceitos e distinções entre as modalidades de direitos coletivos em sentido amplo, e os efeitos da coisa julgada em relação às ações coletivas envolvendo cada uma das modalidades.

O conceito e as distinções entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos estão previstas no artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor. Senão, vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, tem-se que os direitos difusos, mais amplos, são os direitos metaindividuais não passíveis de divisão, pertencente a pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato. Exemplos típicos de interesses difusos são os tutelados em caso de desastres ambientais ou divulgação de propaganda enganosa, em que há a afetação potencial de toda a sociedade, impossibilidade de divisão do objeto entre os titulares, os quais são ligados entre si por circunstância de fato.

Os direitos coletivos em sentido estrito, por seu turno, são também direitos metaindividuais de natureza indivisível, mas pertencentes a titulares pertencentes a determinado grupo, categoria ou classe e, portanto, no mínimo determináveis, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A exemplo, tem-se o ajuizamento de uma ação coletiva para a modificação de determinada cláusula abusiva em um contrato bancário.



Por fim, se tem os direitos individuais homogêneos que, em verdade, são direitos individuais, tuteláveis por ações individuais, mas que, pela extensão das pessoas atingidas, possibilitou a resolução por meio de demandas coletivas. Em conseqüências, tem-se que o objeto dos referidos direitos são divisíveis, e os sujeitos determinados, ligados entre si por circunstância de fato. A exemplo, tem-se ação coletiva para a tutela dos familiares das vítimas de um desastre aéreo.

Já a coisa julgada nas ações coletivas é tratada nos artigos 103 e 104, do Código de Defesa do Consumidor, que assim preveem:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.



Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva

No que tange aos direitos âmbito difuso, os dispositivos em questões estabelecem que a coisa julgada se dará *erga omnes*, ou seja, atingirá toda a coletividade, salvo se ação for julgada improcedente por falta de provas. Ocorre, assim, a chamada coisa julgada *secundum eventum probationes*, em que a improcedência por falta de provas não impede o posterior ajuizamento de ação coletiva com o mesmo objeto por outro legitimado. Destaca-se, por cautela, que a procedência da demanda ou a improcedência por outro fundamento fazem coisa julgada, impedindo, por consequência, o ajuizamento de nova ação com o mesmo objeto por outro objeto. O particular afetado, todavia, poderá ingressar com ação individual, ainda que a ação tenha sido julgada improcedente por outro fundamento.

Já nos direitos de âmbito coletivo em sentido estrito a coisa julgada se dará *ultra partes*, ou seja, será limitada ao grupo ou categoria titular da ação coletiva, ocorrendo também, a chamada coisa julgada *secundum eventum probationes*, em que a improcedência por falta de provas não impede o posterior ajuizamento de ação coletiva com o mesmo objeto por outro legitimado.

Por fim, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada somente terá efeito *erga omnes* em benefício das vítimas ou seus sucessores. No mais, ainda que haja improcedência da demanda coletiva por falta de provas, a sentença coletiva fará coisa julgada, ocorrendo, assim, a chamada coisa julgada *secundum eventum liti*, que impede o ajuizamento de demanda coletiva por outros legitimados. Imperioso destacar que, nos termos do § 2º, do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor, a improcedência da ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos não impede o ajuizamento de ação individual pelos interessados que não tiveram intervido no processo coletivo como litisconsortes.

RESPOSTA: ALTERNATIVA E

- a) ERRADA. Conceito dado corresponde aos direitos difusos, e não aos direitos coletivos em sentido estrito, conforme artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.
- b) Errada. Conceito estabelecido corresponde aos direitos coletivos em sentido estrito, conforme artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.



- c) ERRADO. Os direitos individuais homogêneos são direito individuais e, portanto divisíveis, de origem comum e com titulares determinados.
- d) ERRADO. Há expressa previsão legal, nos termos do artigo 103, inciso II, do CDC, de que em demanda coletiva envolvendo coletivo em sentido estrito se *Dara ultra partes*.
- e) CORRETA. Nas ações envolvendo direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a coisa julgada se dará *secundum eventum probationis*, o que implica na ausência de efetiva coisa julgada nos casos de improcedência por falta de provas, enquanto nas ações envolvendo direitos individuais homogêneos a coisa julgada será *secundum eventum litis*, o que implica na efetivação da coisa julgada coletiva ainda que a improcedência se dê por falta de provas.

65. NÃO caracteriza relação de consumo:

- (A) Danos a torcedores decorrentes da queda de arquibancada em jogos desportivos.
- (B) A compra e venda de um automóvel realizada entre particulares.
- (C) A prestação de serviço defeituoso por empresa cuja falência foi decretada (massa falida).
- (D) O atropelamento de pedestre por ônibus utilizado para a prestação de serviço público de transporte de passageiros.
- (E) Furto de automóvel em estacionamento gratuito de shopping center.

Gabarito: Letra B

A primeira questão trata do item 47 de direitos difusos e coletivos do último edital do concurso para a Defensoria Pública de São Paulo, o qual tomaremos como base.¹⁵

Inicialmente, serão feitos alguns comentários gerais sobre o tema, para, em seguida, analisarmos cada uma das alternativas.

Para a caracterização de uma relação de consumo é necessário que haja os seguintes elementos estruturais:

¹⁵ 47. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Relação jurídica de consumo. Conceitos de consumidor. Conceito de produtos e serviços.



1) Sujeitos:

- a) Fornecedor
- b) Consumidor

2) Objeto (produto ou serviço)

3) Elemento finalístico, o qual é agregado ao conceito de consumidor e refere-se à noção de destinatário final.

Aproveitando o ensejo, vamos relembrar as teorias que tratam do conceito de “destinatário final”.

Há 3 teorias que visam a explicar a expressão “destinatário final”, utilizada para definir quem se enquadra no conceito de consumidor:

- a) Teoria maximalista: basta a condição de destinatário final para a caracterização da condição de consumidor.
- b) Teoria finalista (ou finalismo): o consumidor é o destinatário final não econômico (isto é, não profissional ou não empresarial). Essa teoria é chamada de finalista porque ela investiga a finalidade da aquisição.
- c) Teoria do finalismo aprofundado (ou mista): consumidor é o destinatário final vulnerável. Essa teoria resulta de uma interpretação constitucional da condição de consumidor.

O finalismo aprofundado tem se mostrado uma tendência na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, pois ela inclui também os microempresários e os profissionais liberais, que não eram abrangidos pelo finalismo.

Voltando ao tema da questão, se no caso concreto não há a verificação de todos esses elementos, o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável (pois o Código de Defesa do Consumidor é uma norma especial, que só se aplica a situações especiais).

O conceito de fornecedor está previsto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.



O conceito de consumidor está previsto no art. 2º, “caput”, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o consumidor padrão ou negocial:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Em regra, a relação entre consumidor e fornecedor se dá por meio de um contrato. Esse é o consumidor padrão ou negocial.

No entanto, há situações em que, mesmo não havendo contrato, aplica-se o CDC. São os consumidores por equiparação, previstos nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC:

Art. 2. 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.

O conceito de produto, por sua vez, está estipulado no art. 3º, §1º, do CDC:

Art. 3º, § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

A forma de aquisição do produto (gratuita ou onerosa) é irrelevante para sua caracterização.

Já o conceito de serviços está previsto no art. 3º, §2º, do CDC, e tem como pressuposto uma atividade remunerada. A remuneração pode ser feita de forma direta ou indireta pelo consumidor:

Art. 3º, § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O Código de Defesa do Consumidor trata dos serviços públicos no seu art. 22. O tema continua sendo objeto do Direito Administrativo, pois somente como exceção os serviços públicos serão tratados como relação de consumo.¹⁶ Para tanto, é necessário que a

¹⁶ A Lei nº 8.987/95, que trata de concessão e permissão de serviços públicos, faz referência à palavra “consumidor” em seu artigo 7º-A:



atuação do Estado se dê na exploração de atividade econômica (cuja remuneração se dá por preço público ou por tarifa); caso contrário, haverá serviço público, mas este não está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor.

Feitas essas considerações, passamos à análise das alternativas.

A alternativa “a” está correta, pois o art. 3º do Estatuto do Torcedor dispõe o seguinte:

Art. 3º Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da [Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

Portanto, estão presentes os elementos da relação de consumo (sujeitos, objeto e finalidade).

A alternativa “b” está errada. Para se enquadrar no conceito de “fornecedor”, de acordo com o *caput* do artigo 3º do CDC, é necessário que a pessoa “desenvolva atividade econômica”, o que pressupõe a prática de um conjunto de atos, não bastando a prática de um ato isolado, tal como ocorre na compra e venda de um produto entre particulares que não desenvolvem atividade econômica. OBSERVAÇÃO: embora a questão não mencionasse o fato de os particulares não exercerem atividade econômica, era possível inferir isso, pois “compra e venda de um automóvel entre particulares” é um ato isolado. Muitas vezes o candidato terá que deduzir alguns dados que não estão expressos ou chegar à resposta por exclusão das demais alternativas.

A alternativa “c” está correta. De acordo com o *caput* do artigo 3º do CDC, os entes despersonalizados se enquadram no conceito de fornecedores. Ex.: massa falida que continua desenvolvendo atividade no mercado de consumo para pagar suas dívidas.

A alternativa “d” também está correta. Aqui vale lembrar que a prestação de serviço público pode estar sujeita ao CDC, desde que se trate de exploração de atividade econômica pelo Estado (diretamente ou por meio de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos), conforme explicado acima. Além disso, o fato de a vítima ser um pedestre, ou seja, não ter uma relação contratual com a empresa que presta o serviço de transporte, não afasta a relação de consumo, pois estamos diante de um consumidor por equiparação, nos moldes do art. 17 do CDC (“vítima do evento”).

“Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos.”



A alternativa “e” também está correta. Lembrar que em se tratando de serviços, é sempre necessário que haja remuneração. Todavia, esta pode ser efetuada de forma direta (o consumidor pagou para se utilizar do estacionamento) ou indireta (a remuneração é deslocada para outros bens ou serviços oferecidos ao consumidor; neste caso, os produtos ou serviços que ele adquiriu no interior do shopping center).

66. Tendo por base as duas situações acima, assinale a alternativa correta:

Situação 1: Tício compra uma televisão em uma grande rede de eletrodomésticos. Quatro meses depois a televisão explode, em razão de um problema de fabricação, ocasionando lesões corporais em Tício.

Situação 2: Mévio compra um celular de uma loja *on-line*. Após sessenta dias, o aparelho parou de funcionar.

(A) A situação 2 configura fato do produto, uma vez que o celular parou de funcionar de repente, o que significa que se trata de um produto defeituoso. A pretensão ressarcitória, neste caso, está prescrita, pois o prazo prescricional para o consumidor reclamar é de 30 dias.

(B) A situação 1 caracteriza vício do produto, uma vez que se trata de um acidente de consumo. A pretensão ressarcitória, neste caso, está prescrita, pois o prazo prescricional para o consumidor reclamar é de 30 dias.

(C) Na situação 2, assim que constatado o vício do produto tem início o prazo da garantia legal para o consumidor efetuar a reclamação, ainda que o fornecedor tenha dado garantia contratual.

(D) A situação 1 constitui exemplo de fato do produto, porquanto houve um acidente de consumo. A pretensão reparatória é prescricional e o prazo para o seu exercício é de 5 anos.

(E) A situação 2 caracteriza vício do produto. O consumidor tem o prazo de 90 dias para exigir o reparo, o qual pode ser obstado em nenhuma hipótese, já que se trata de prazo decadencial.

Gabarito: Letra D



A presente questão trata do tema prescrição e decadência nas reações de consumo, item 51 do edital, e traz um pouco de jurisprudência dos tribunais superiores (item 58).¹⁷

A responsabilidade civil do Código Civil é dividida em responsabilidade contratual ou extracontratual. Já o Código de Defesa do Consumidor estabelece regimes jurídicos específicos de responsabilidade civil, quais sejam, responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e responsabilidade pelo vício do produto ou serviço. Vale lembrar, ainda, que é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI, do CDC).

A responsabilidade pelo **fato do produto ou serviço** decorre da violação do dever de segurança e estará presente quando ocorrer um acidente de consumo, que cause uma lesão ao consumidor. Portanto, é necessário que o fato gere consequências externas ao produto.

Neste caso, o consumidor terá o prazo de **5 anos** para postular a reparação dos danos causados. Trata-se de **prazo prescricional**, cuja contagem tem início a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Já o **vício do produto ou serviço** está relacionado à ideia de violação do dever de adequação. É uma falha de qualidade ou quantidade do produto ou serviço (é algo intrínseco ao produto ou serviço, não atinge outros bens). O vício, portanto, está relacionado à quebra de expectativas do consumidor, mas essas expectativas devem ser investigadas de forma objetiva (não é a expectativa pessoal e subjetiva do consumidor, mas aquilo que as pessoas de modo geral esperam de determinado produto ou serviço).

No caso de vício, o CDC estipula uma **garantia legal** em favor do consumidor, para este exercer o direito de reclamação. O prazo para o exercício desse direito leva em consideração se o bem é **durável (90 dias)** ou **não durável (30 dias)**:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

Consigne-se que a garantia contratual é faculdade do fornecedor e traz como consequência um alargamento do prazo para o exercício do direito de reclamação, pois

¹⁷ 51. Prescrição e decadência nas relações de consumo.

58. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O CONTEÚDO DO PROGRAMA. Jurisprudência dos Tribunais Superiores na matéria constante do programa de Direitos Difusos e Coletivos.



durante a vigência da garantia contratual o prazo da garantia legal não corre, ou seja, o prazo da garantia legal só começa a correr após o término do prazo da garantia contratual.

O início da contagem do prazo de garantia legal depende da natureza do vício:

- Vícios aparentes ou de fácil constatação: a partir da entrega do produto ou do término do serviço.
- Vícios ocultos: a partir da constatação pelo consumidor.

Art. 26. § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.¹⁸

Constatado o vício, o consumidor deve encaminhar o produto ao fornecedor para que este possa efetuar o reparo (cumprimento da obrigação específica), no prazo de 30 dias. Esse prazo pode sofrer alteração (pode ser reduzido para 7 dias ou ampliado para até 180 dias). A alteração do prazo para o exercício do direito de reclamação depende de um termo contratual específico justamente para garantir a plena ciência do consumidor (art. 18, §2º).

Se o vício não for sanado ou houver recusa do fornecedor, o consumidor terá as seguintes opções (a sua escolha):

- Substituição do produto por outro de mesma espécie. Se o similar for mais caro, o consumidor terá que pagar a diferença; se for mais barato, o fornecedor devolve o excedente.
- Abatimento proporcional do preço, descontando-se o valor da depreciação do produto.
- Restituição da quantia paga mais perdas e danos.

O direito de reclamação não impede que o consumidor busque a tutela indenizatória simultaneamente, com base no art. 6º do CDC.

Contudo, o art. 18, §3º, do CDC elenca algumas situações em que o consumidor pode exigir essas opções anteriores diretamente, sem dar ao fornecedor a chance de sanar o vício, quais sejam:

- Vício que comprometa a segurança do produto;

¹⁸ A palavra “defeito” não foi utilizada de forma técnica neste parágrafo e significa falha.



- Vício que comprometa o valor econômico do bem;
- Vício em produto essencial.

Feitas tais considerações, passamos à análise da questão.

A situação 1 trata de fato do produto, pois ocorreu um acidente de consumo (violação do dever de segurança). O prazo para exigir a reparação é prescricional e de 5 anos, a contar da ocorrência do dano e do conhecimento de sua autoria.

Já a situação 2 traz um caso típico de vício do produto (vício de qualidade), pois este não se mostrou adequado ao fim a que se destinava, gerando a quebra da expectativa do consumidor. O prazo para exigir a reparação é decadencial e de 90 dias, pois se trata de bem durável. O início do prazo ocorre a partir do momento em que ficar evidenciado o vício.

Portanto, em ambas as situações não houve o transcurso do prazo prescricional ou decadencial.

A alternativa “a” está completamente errada. A situação 2 configura vício do produto e o prazo para reclamar é decadencial e de 90 dias. Portanto, não há que se falar em prescrição.

A alternativa “b” também está errada. A situação 1 caracteriza fato do produto e o prazo, embora seja prescricional, é de 5 anos, contados de quando ficar evidenciado o defeito. Portanto, a pretensão também não está prescrita.

A alternativa “c” também está errada, pois [“o início da contagem do prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto \(art. 26 do CDC\) se dá após o encerramento da garantia contratual.”](#) (jurisprudência em teses do STJ, EDIÇÃO N. 42: DIREITO DO CONSUMIDOR II).

A alternativa “d” está correta. A situação 1 constitui exemplo de fato do produto, a pretensão reparatória é prescricional e o prazo para o seu exercício é de 5 anos.

A alternativa “e” está errada, pois embora a situação 2 caracterize vício do produto e o consumidor tenha o prazo de 90 dias para exigir o reparo, este prazo (conquanto decadencial) pode ser obstado nas hipóteses do art. 26, §2º, do CDC:

Art. 26. § 2º Obstam a decadência:



I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

67. Assinale a alternativa correta, de acordo com a jurisprudência do STJ:

(A) A operadora de plano de saúde não está obrigada a ressarcir o Sistema Único de Saúde quando seus beneficiários se utilizarem do serviço público de atenção à saúde.

(B) A operadora de plano de saúde não tem a obrigação de reembolsar o beneficiário que se utiliza dos serviços do hospital privado que não faz parte da sua rede credenciada.

(C) A entidade hospitalar privada tem responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 14 do CDC, limitada aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente, as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares. Todavia, em casos de atos técnicos praticados de forma defeituosa por médicos vinculados ao hospital, este responde de forma solidária, desde de comprovada a culpa do profissional.

(D) Os atos técnicos defeituosos praticados por médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados solidariamente à entidade hospitalar, a qual não se exime de qualquer responsabilidade, independentemente de comprovação da culpa do profissional.

(E) O fato de o atendimento ter sido realizado em decorrência de convênio com o Sistema Único de Saúde afasta a responsabilidade objetiva do hospital, autorizando, apenas, reconhecer a responsabilidade solidária do Município.

Gabarito: Letra C

Nesta questão foram trabalhados os temas proteção contratual nas relações de consumo (item 53) e jurisprudência dos tribunais superiores (item 58).¹⁹

¹⁹ 53. Proteção contratual.



Dada a crescente importância da jurisprudência dos tribunais superiores em concursos públicos (e nas provas de Defensoria Pública não é diferente) e grande quantidade de decisões do STJ envolvendo temas afetos ao direito à saúde, decidimos elaborar uma questão focada nessa temática, para termos a oportunidade de relembrar importantes decisões a esse respeito.

Ressalte-se que em prova de múltipla escolha, como regra, é necessário seguir o que está na lei ou o que foi decidido pelos tribunais, ainda que não se concorde, salvo se o próprio examinador indicar o contrário e exigir um posicionamento crítico do candidato.

As alternativas “a” e “b” estão erradas, conforme excerto de julgado do STJ a seguir transcrito:

“5. A operadora de plano de saúde está obrigada a ressarcir o Sistema Único de Saúde quando seus beneficiários se utilizarem do serviço público de atenção à saúde, conforme procedimento próprio estabelecido na Resolução Normativa 358/2014, da ANS.

Constitucionalidade do art. 32 da LPS - Tema 345 da repercussão geral do STF.

6. Se a operadora de plano de saúde é obrigada a ressarcir o SUS na hipótese de tratamento em hospital público, não há razão para deixar de reembolsar o próprio beneficiário que se utiliza dos serviços do hospital privado que não faz parte da sua rede credenciada.

7. O reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde deve ser permitido quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, sendo as hipóteses de urgência e emergência apenas exemplos (e não requisitos) dessa segurança contratual dada aos consumidores.”

(STJ, REsp 1.575.764/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/05/2019, DJe 30/05/2019)

A alternativa “c” está correta:

“2. No tocante à responsabilidade civil de entidades hospitalares e clínicas, esta Corte de Justiça firmou orientação de que: “(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e

58. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O CONTEÚDO DO PROGRAMA. Jurisprudência dos Tribunais Superiores na matéria constante do programa de Direitos Difusos e Coletivos.



à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, caput, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4º, do CDC); e (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)" (REsp 1.145.728/MG, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.06.2011, DJe de 08.09.2011)."

(STJ, AgInt no AREsp 1.097.590/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 11/04/2019, DJe 08/05/2019)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PARTO. USO DE FÓRCEPS. CESARIANA. INDICAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA. LESÃO NO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO. MÉDICO CONTRATADO. CULPA CONFIGURADA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AÇÃO DE REGRESSO. PROCEDÊNCIA. DANOS MORAIS. VALOR. RAZOABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto.

2. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.

3. No caso em apreço, ambas as instâncias de cognição plena, com base na prova dos autos, concluíram que houve falha médica seja porque o peso do feto (4.100



gramas) indicava a necessidade de realização de parto por cesariana, seja porque a utilização da técnica de fórceps não se encontra justificada em prontuário médico.

4. A comprovação da culpa do médico atrai a responsabilidade do hospital embasada no artigo 932, inciso III, do Código Civil ("São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"), mas permite ação de regresso contra o causador do dano.

5. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pela instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

6. Recurso especial parcialmente provido.”

(STJ, REsp 1.526.467/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 13/10/2015, DJe 23/10/2015)

A alternativa “d” está errada. Conforme julgado acima transcrito, “os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade” (STJ, AgInt no AREsp 1097590/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 11/04/2019, DJe 08/05/2019).

Esse excerto do julgado trata de médicos que apenas se utilizam da estrutura do hospital para a realização de procedimentos, mas que não possuem qualquer vínculo com este. Neste caso, o hospital só terá responsabilidade se a falha decorrer da organização do estabelecimento hospitalar.

Todavia, em se tratando de médicos que possuem vínculo com o hospital, este responde solidariamente por eventual falha médica, desde que comprovada a culpa do profissional, nos termos do art. 932, III, do CC, que trata da responsabilidade civil por fato de terceiro, conforme visto na alternativa anterior.

A alternativa “e” está errada, consoante o seguinte excerto extraído de acórdão do STJ:

“Ademais, é importante salientar que o fato de o atendimento ter sido realizado em decorrência de convênio com o Sistema Único de Saúde - SUS - não afasta a responsabilidade objetiva do hospital. Apenas autorizaria, em tese, reconhecer a responsabilidade solidária do Município de Ponte Nova/MG, consoante jurisprudência firmada no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção desta



Corte (REsp 1.702.234/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe de 19/12/2017)."

(STJ, AgInt no AREsp 1.097.590/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 11/04/2019, DJe 08/05/2019)

68. João possui uma doença crônica e faz acompanhamento pelo SUS junto a uma equipe médica especializada. Durante uma consulta, um dos médicos, grande estudioso, diz ter sido lançado um novo medicamento nos Estados Unidos para sua enfermidade que, entretanto, ainda não tinha sido aprovado pela ANVISA em âmbito nacional, muito embora o procedimento para registro já tenha se iniciado. A respeito do fornecimento de medicamentos pelo Estado, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, assinale a alternativa correta:

(A) Para que o Estado forneça medicamentos não previstos na lista do SUS basta a comprovação da necessidade do medicamento e da ineficácia daqueles já fornecidos pelo SUS, bem como a incapacidade de arcar com o custo do medicamento prescrito.

(B) O Poder Executivo não pode ser condenado a fornecer medicamentos que ainda não foram registrados na ANVISA.

(C) É possível o fornecimento de medicamentos experimentais ainda que não tenham registro na ANVISA.

(D) Ação para obtenção de medicamento sem registro na ANVISA deve ser ajuizada em face da União.

(E) É possível que o Estado seja compelido a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, bastando apenas que seja demonstrada a demora irrazoável da Agência em apreciar o pedido de registro.

Gabarito: Letra D

O direito à saúde tem previsão no artigo 196 da Constituição Federal e é colocado como um dever do Estado a ser garantido a todos.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.



O fornecimento de medicamentos pelo Estado é um segmento de grande atuação da Defensoria Pública e, por isso, é necessário sempre se atentar aos entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto.

Item a) INCORRETO - A alternativa mencionou apenas dois requisitos dos três que são necessários.

No julgamento do REsp 1.657.156/RJ (recurso repetitivo), foram estabelecidos três requisitos cumulativos para o fornecimento dos medicamentos não presentes na lista do SUS, conforme abaixo:

- 1) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- 3) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

A questão trouxe apenas os dois primeiros, daí sua incorreção!

Atenção: Medicamentos *off label* - usados para finalidade diversa da prevista em bula. Por exemplo, utilizar a aspirina, que atua como um analgésico, para se evitar infarto.

O terceiro requisito mencionado acima foi alterado, em se de embargos de declaração, para que não seja possível, em regra, o fornecimento de medicamentos *off label*. Será possível apenas quando esse uso for autorizado pela ANVISA. Para facilitar:

Antes dos Embargos	Após os embargos
existência de registro do medicamento na ANVISA.	existência de registro do medicamento na ANVISA, <u>observados os usos autorizados pela agência.</u>

Item b) INCORRETO. A redação da alternativa pode induzir ao erro, uma vez que, em regra, não é possível o fornecimento pelo Executivo de medicamentos sem registro na ANVISA.



Para que o medicamento seja comercializado em âmbito nacional, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) faz uma série de testes e experimentos para analisar a eficácia da nova substância. Entretanto, tal procedimento pode ser demorado e levar meses ou até anos.

No RE 657.718/MG, com repercussão geral reconhecida, julgado em 22/05/2019, o STF passou a entender que o fornecimento de medicamentos sem registro só é possível diante da **demora irrazoável da ANVISA no processo de registro**.

Além de tal demora, ainda é necessário o preenchimento de outros requisitos, que serão tratados na análise do item “e”.

Item c) INCORRETO. Ainda sobre o julgamento do RE 657.718/MG, o STF afirmou que **“O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais”**.

Medicamentos experimentais são aqueles cuja comprovação científica de eficácia e segurança ainda não foram comprovadas (por exemplo, no caso da fosfoetilonamina sintética, que ficou conhecida como “pílula do câncer”).

Além disso, a lei 8.080/90 tem previsão expressa nesse sentido:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

*l - o pagamento, o ressarcimento ou o **reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental**, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;*

Item d) CORRETO. O fornecimento de medicamentos e serviços de saúde é de responsabilidade dos três entes federativos (União, Estado e Município), podendo a parte escolher contra qual deles, isolada ou conjuntamente, irá propor a ação.

Não obstante, tal possibilidade, a estrutura do SUS prevê uma divisão interna de competências que, de forma geral, varia de acordo com a complexidade dos serviços prestados:

- União: coordena os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos.
- Estados: coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros, definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região.
- Municípios: prestam serviços de atenção básica à saúde.
- Distrito Federal: acumula as competências estaduais e municipais.



Dessa forma, embora seja possível o ajuizamento da ação em face de qualquer um dos entes federados, cabe ao magistrado direcionar o cumprimento das obrigações para o ente responsável.

Os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Info 941).

Entendida a competência solidária, cabe agora ressaltar que a presente alternativa está correta por comportar uma exceção aplicável aos casos que tratam de medicamentos sem registro na ANVISA.

Assim, no julgamento do RE 657.718/MG, o STF entendeu que **As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.**

Item e) INCORRETO.

Como mencionado, além da demora irrazoável da ANVISA no processo de registro, é necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam:

- 1) **a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras)** – o processo de registro já deve ter sido iniciado perante ANVISA. Os medicamentos órfãos são utilizados no tratamento de doenças raras ou ultrarraras. Por ter um apelo comercial menor, as fabricantes normalmente demoram a providenciar seu registro, razão pela qual o STF entendeu possível sua concessão ainda que o pedido de registro não tenha sido realizado.
- 2) **a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior** – por exemplo, o registro na FDA (Food and Drug Administration), nos Estados Unidos.
- 3) **a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil** – deve-se mostrar que nenhum remédio registrado no país é apto a substituí-lo.



69. A lei 13.465/2017 trata sobre a regularização fundiária rural e urbana, promovendo alterações em diversos dispositivos legais e introduzindo grandes novidades sobre o assunto no ordenamento nacional. A lei mencionada prevê diversos institutos jurídicos que podem ser utilizados no âmbito da Reurb, **EXCETO**:

- (A) Usucapião e consórcio imobiliário.
- (B) Desapropriação em favor dos possuidores e direito de preempção.
- (C) Requisição, em caso de perigo público iminente, e doação.
- (D) Desapropriação por interesse social e compra e venda.
- (E) Concessão de uso especial para fins de moradia e divisão e demarcação de terras.

Gabarito: Letra E

Essa questão é puramente letra de lei. Infelizmente, é um tipo de abordagem que costuma aparecer bastante em primeira fase e acaba exigindo uma leitura atenta e repetitiva dos dispositivos legais.

Especificamente sobre a lei 13.465/2017, ela traz importantes disposições sobre a regularização fundiária, tema de bastante predileção nas provas por estar diretamente ligado à atuação da Defensoria Pública.

Os instrumentos jurídicos estão previstos no artigo 15 da lei 13.465/2017, conforme abaixo, com destaque naqueles que foram inseridos na questão:

Art. 15. Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos:

I - a legitimação fundiária e a legitimação de posse, nos termos desta Lei;

*II - **a usucapião**, nos termos dos arts. 1.238 a 1.244 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dos arts. 9º a 14 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e do art. 216-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973;*

*III - a **desapropriação em favor dos possuidores**, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);*



IV - a arrecadação de bem vago, nos termos do art. 1.276 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) ;

V - **o consórcio imobiliário**, nos termos do art. 46 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 ;

VI - a **desapropriação por interesse social**, nos termos do inciso IV do art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962;

VII - o **direito de preempção**, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

VIII - a transferência do direito de construir, nos termos do inciso III do art. 35 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 ;

IX - **a requisição, em caso de perigo público iminente**, nos termos do § 3º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

X - a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979;

XI - a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor, nos termos da alínea f do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

XII - a **concessão de uso especial para fins de moradia**;

XIII - a concessão de direito real de uso;

XIV - a **doação**; e

XV - a **compra e venda**.

A divisão e demarcação de terras consistem em procedimento especial previsto no artigo 569 e seguintes do Código de Processo Civil, não estando presente no rol do artigo 15 da lei 13.465/2017.

Fazer uma explicação completa de cada um dos institutos estenderia e fugiria do escopo deste gabarito. Entretanto, para facilitar a memorização dos conceitos, trago abaixo uma tabela, também não muito sintética, para consultas rápidas sobre os instrumentos da REURB e seus conceitos:



Instrumentos da REURB		
Legitimação fundiária	Forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016	
Legitimação da posse	Instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei.	
Usucapião	Extraordinária clássica	Aquele que, por quinze anos , sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé ; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis
	Extraordinária qualificada	Se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo , o prazo supra sera reduzido a 10 anos .
	Especial Rural	Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares , tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
	Especial Urbana	Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados , por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.



	Usucapião especial urbana coletiva	Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.
	Familiar	Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar , utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
	Ordinária clássica	Aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé , o possuir por dez anos .
	Ordinária qualificada	se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico, o prazo será de 5 anos
	Usucapião Extrajudicial	Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado
Desapropriação em favor dos possuidores	Desapropriação judicial/indireta/posse trabalho -O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir 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.
Arrecadação de bem vago	O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. No caso de imóvel rural, a propriedade passará à União.
Consórcio imobiliário	Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização, de regularização fundiária ou de reforma, conservação ou construção de edificação por meio da qual o proprietário transfere ao poder público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas, ficando as demais unidades incorporadas ao patrimônio público.
Desapropriação por interesse social	Decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da CF. Considera-se interesse social IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias.
Direito de preempção	Confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, por meio de lei municipal baseada, baseada no plano diretor, que delimitará as áreas de incidência e fixará prazo de vigência, não superior a 5 anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.
Transferência do direito de construir	Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de (III) servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.



Requisição, em caso de perigo público iminente	Hipótese em que o proprietário pode ser privado da coisa (art. 1.228, §3 do CC)
Intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular	A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes. (art. 40 lei 6766/79 - Parcelamento do Solo)
Alienação de imóvel pela ad. Pública diretamente para seu detentor	A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e, quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta no caso de alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública
CUEM	Aquele que, até 22 de dezembro de 2016 , possuiu como seu, por cinco anos , ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.
Concessão de direito real de uso	É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das



comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas (art. 7º do decreto-lei 271/67)

Doação e compra e venda

70. Em relação à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, assinale a alternativa correta:

- I. É destinada a quem possuir imóvel público, de até 250 m², com características e finalidades urbanas, utilizado para moradia sua ou de sua família, pelo período ininterrupto de 05 anos até 22 de dezembro de 2016.
 - II. O direito à CUEM extingue-se apenas se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família.
 - III. Requerido o título de CUEM pela via administrativa, a Administração Pública tem o prazo máximo de 12 meses para decidir o pedido.
 - IV. A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, caso comprovado o casamento ou existência de união estável.
- (A) Todas as alternativas estão corretas.
(B) Apenas a alternativa I está correta.
(C) As alternativas I, II e III estão corretas.
(D) As alternativas I, III e IV estão corretas.
(E) As alternativas I e III estão corretas.

Gabarito: Letra E

Mais uma questão essencialmente retirada da legislação. Antes de comentarmos as respostas, trago alguns apontamentos sobre a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM).



A CUEM é um importante instrumento de regularização fundiária porque tem como objeto área ocupada em bem público, cujos instrumentos de regularização acabam sendo mais restritos devido à impossibilidade de usucapião (vide art. 183, §3º da CF e Súmula 619 do STJ), em que pesem entendimento doutrinário em sentido contrário.

Além disso, a CUEM tem previsão constitucional no caput do artigo 183 e é regulada pela Medida Provisória 2220/2001, que sofreu importantes alterações pela lei 13.465/2017. Tem natureza de direito público subjetivo, ou seja, preenchidos os requisitos deve ser concedida pelo poder público, sendo possível a judicialização no caso de negativa.

Item I – CORRETO

Os requisitos para a CUEM estão no artigo 1º da MP 2220 e podem ser organizados da seguinte forma:

- Possuir até 22/12/2016, como sua, área urbana de 250m²
- Posse pelo período mínimo de 5 anos, ininterruptamente e sem oposição
- Imóvel público em área com *características e finalidades urbanas
- Usar para moradia sua ou da família
- Não ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

*OBS: Antes da alteração promovida pela lei 13.465/2017, a redação do artigo 1º da MP 2220 falava em imóvel público situado em área urbana.

Item II – INCORRETO

É muito importante ficarem atentos a palavras restritivas como apenas, exclusivamente, único, etc. O erro da assertiva está exatamente neste ponto, pois são duas as possibilidades de extinção da CUEM, prevista no artigo 8º da MP 2220, conforme abaixo:

Art. 8º - O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de:

I - o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; ou

II - o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.



Item III – CORRETO

Há previsão expressa do prazo máximo para a Administração Pública deliberar sobre a CUEM, conforme artigo 6º da MP 2220:

Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

Item IV – INCORRETO

O artigo 1º, §1º, da MP 2220, prevê expressamente que *A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

ATENÇÃO – O direito obtido por meio da CUEM é passível de partilha, como já decidiu o STJ:

Na dissolução de união estável, é possível a partilha dos direitos de concessão de uso para moradia de imóvel público.

Ex: João e Maria viviam em união estável. No curso dessa união eles passaram a residir em uma casa pertencente ao Governo do Distrito Federal sobre o qual receberam a concessão de uso para fins de moradia. Depois de algum tempo decidem por fim à relação. Deverá haver uma partilha sobre os direitos relacionados com a concessão de uso.

STJ. 4ª Turma. REsp 1494302-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/6/2017 (Info 609).

Direito da Criança e do Adolescente

71. Tendo por base os princípios atinentes ao Direito da Criança e do Adolescente, assinale a alternativa correta

(A) O adolescente de 15 anos de idade é absolutamente incapaz. Por isso, não pode fazer uma tatuagem, senão com a autorização de seus responsáveis legais.



(B) A criança em situação de rua, como objeto de proteção, deve ser incluída em programa de acolhimento institucional ou outra medida protetiva cabível, dando-se preferência a medidas que promovam a convivência familiar.

(C) É desnecessária a oitiva de criança em procedimento de inclusão em família substituta, pois o ECA somente exige o consentimento de adolescente, maior de 12 anos de idade.

(D) A aplicação do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente deve abranger a participação do destinatário da medida, sob pena de subversão do referido princípio.

(E) À luz da municipalização do atendimento, não é possível demandar em juízo outro ente federativo na busca de direitos infanto-juvenis ligados à saúde.

Gabarito: Letra D

a) INCORRETA. A criança e o adolescente são sujeitos de direito, devendo suas opiniões ser levadas em consideração. A visão de crianças e adolescentes como objetos de tutela, sem participação na tomada de decisões que lhes afetem está superada desde a Constituição de 1988 e, especialmente, com o ECA e a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

Nesse sentido, a divisão estanque e desarrazoada da capacidade civil por idade, como se encontra prevista no Código Civil, merece ser criticada e entendida em termos. Aliás, a superação ocorreu em matéria de pessoas com deficiência, em que, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a capacidade passou a ser a regra.

Nem mesmo para os atos próprios do Direito Civil, como a realização de contratos, a capacidade civil por idade tem aplicação irrefletida. Basta pensar no exemplo de compra e venda de lanches em cantinas de escola.

Quando a matéria é afeta a direitos existenciais, tal como na assertiva, ligando-se ao direito à imagem, a decisão da pessoa afetada é essencial e deve ser levada em consideração, eis que é sujeito de direito.

Outro exemplo facilita o entendimento. Pensemos em criança ou adolescente que possua irmão necessitando de transplante de rim, com quem é compatível. Os pais autorizam a realização do procedimento cirúrgico. Contudo, a criança ou o adolescente se nega a realizar a ação. Deveria ela ser obrigada a realizar transplante de órgão, apenas por ser incapaz à luz do Código Civil? Obviamente que não.



Portanto, a negativa dos responsáveis não afasta peremptoriamente a possibilidade de o adolescente realizar a tatuagem, tal como afirmado na assertiva. O juízo, verificando que a medida irá atender ao melhor interesse do adolescente e à luz do princípio da proteção integral, pode autorizar a realização da tatuagem, preservando os direitos da personalidade do adolescente, especialmente, o direito à imagem.

b) INCORRETA. Atualmente, jamais se pode pensar na criança ou adolescente como objeto de proteção do direito. A criança e o adolescente são sujeitos de direito, tal como afirmado na assertiva “a”. O Código de Menores revogado trazia a ideia de crianças e adolescentes como objetos de direito, sem participação nos processos que lhes afetassem e atingindo apenas os destinatários que estivessem em situação irregular. Trata-se de visão completamente superada com a Constituição de 1988 e o ECA.

c) INCORRETA. Crianças devem ser ouvidas, no limite de suas capacidades de compreensão, tal como previsto nos artigos 28, §1º, e 100, parágrafo único, XII, todos do ECA. Afinal, são sujeitos de direito, mas não mero objeto.

d) CORRETA. Destaco que a falta de participação do destinatário da medida a ser aplicada à criança ou ao adolescente esvazia o princípio do melhor interesse. Nesse contexto, o referido princípio acaba sendo utilizado para reforçar qualquer tipo de decisão, pois, na verdade, o que está implantado é o melhor interesse do aplicador do direito, mas não da criança ou do adolescente, que sequer participou do processo decisório.

Exemplificando, o julgador aplica medida socioeducativa de internação afirmando que atenderá o melhor interesse do adolescente à reeducação, eis que as outras medidas seriam insuficientes a tanto. Trata-se de argumento vago que faz tábula rasa do princípio do melhor interesse, esquecendo-se, inclusive, do viés punitivo da medida socioeducativa

e) INCORRETA. A municipalização do atendimento não retira a responsabilidade dos demais entes federativos na promoção dos direitos infante-juvenis, tal como preconizado no artigo 227, da Constituição Federal. É dever de todos promover os direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Trata-se, portanto, de obrigação solidária. A municipalização apenas traz ideia de priorização ao atendimento pelos municípios, até mesmo por uma questão de proximidade, tornando mais célere e efetiva a solução das demandas apresentadas.

Secundariamente, também deve-se lembrar de que o direito à saúde deve ser atendido solidariamente pelos entes federativos, conforme se depreende dos artigos 196 e 198, da Constituição, bem como jurisprudência pacífica do STF sobre a questão.



72. Maria, menina de um ano de idade, foi encontrada abandonada dentro de casa pelo Conselho Tutelar, enquanto os pais, sabidamente, estavam há três dias imersos no uso de drogas em uma boca de fumo na região. A criança estava desnutrida, desidratada e com escabiose. Após o atendimento médico de urgência, Maria foi acolhida por decisão do juízo competente, que nomeou a Defensoria Pública como curadora especial da criança e abriu vista ao MP para ciência. À luz do caso narrado, assinale a alternativa correta:

(A) O MP agiria de forma incorreta caso propusesse ação de destituição do poder familiar de imediato, pois se deve, anteriormente, esgotar a busca por parentes da criança, tais como avós e tios, que possam exercer os devidos cuidados dela.

(B) O Conselho Tutelar agiria incorretamente caso promovesse, por iniciativa própria, o acolhimento da criança, tendo em vista que a medida pressupõe decisão do juízo competente.

(C) No processo de destituição do poder familiar, se os pais estiverem em local incerto ou desconhecido, poderão ser citados por edital depois de realizadas as diligências de praxe para tentar localizá-los.

(D) Caso, logo após o nascimento, os pais de Maria percebessem suas incapacidades para exercício do poder familiar e entregassem a criança para um casal de amigos, com quem a criança conviveu no primeiro ano de vida, seria inviável a regularização da situação pela adoção, uma vez que estaria configurado burla aos cadastros de habilitados à adoção.

(E) A madrinha com quem Maria possui laços afetivos pode ser considerada família, justificando a reintegração familiar pelo instituto da guarda. Inclusive, posteriormente, nada impede que a madrinha ajuíze ação de adoção de Maria.

Gabarito: Letra E

a) INCORRETA. Talvez até seja questionável a propositura de ação de destituição do poder familiar pelo MP antes da realização de estudo psicossocial do caso. Contudo, tal estudo pode ser realizado incidentalmente ao processo de destituição do poder familiar. Com efeito, o abandono está previsto como causa de perda do poder familiar, nos termos do artigo 1638, inciso II, do Código Civil.

De qualquer maneira, não é necessário esgotar a busca por parentes para propor a ação de destituição do poder familiar. Isso porque a busca incansável causa o prolongamento do acolhimento institucional, quando, na verdade, este deve ser excepcional e temporário.



De mais a mais, somente se buscam parentes com quem a criança conviva e possua laços de afetividade, nos termos do artigo 26, parágrafo único, do ECA.

Por fim, o envelhecimento da criança no abrigo, além de causar danos à sua personalidade, de violar o direito à convivência familiar, provoca o rareamento de interessados à adoção, pois estes buscam prioritariamente as crianças de pouca idade.

b) INCORRETA. Nem sempre o acolhimento institucional pressupõe decisão judicial. Em casos urgentes, o acolhimento pode ser promovido diretamente pelo Conselho Tutelar ou pela equipe do abrigo, com posterior comunicação ao juízo da infância, nos termos do artigo 93, do ECA.

c) INCORRETA. Não é necessária a realização de busca por pais que estejam em local incerto ou não sabido para citação por edital, conforme prescreve o artigo 158, §4º, do ECA.

d) INCORRETA. A adoção *intuitu personae* é instituto polêmico no direito brasileiro, não encontrando previsão legal. No entanto, ainda assim, a alternativa está incorreta, pois a criança está há um ano na companhia de seus pais socioafetivos, tempo suficiente a criar laços afetivos, não se justificando a retirada da criança, com base, inclusive, no princípio do melhor interesse.

O respeito à fila de adoção não é absoluto, havendo exceções, tais quais as previstas no artigo 50, §13, do ECA. Em confronto com o princípio do melhor interesse da criança, de permanecer com a família com quem já criou laços afetivos, este último deve prevalecer.

Por isso, apesar da polêmica envolvida, não é possível dizer que a adoção é inviável.

e) CORRETA. A afetividade é elemento essencial do conceito família, suplantando ou convivendo com os laços sanguíneos. Portanto, nada impede que a madrinha seja considerada família no âmbito da socioafetividade.

Como o acolhimento é excepcional e temporário, verificando-se a possibilidade de reintegração familiar, a medida deve ser adotada prioritariamente.

Igualmente, a guarda pode ser concedida para tanto, sendo certo que se trata de medida sempre passível de reavaliação judicial, nos termos do artigo 35, do ECA. A decisão possui caráter, portanto, *rebus sic standibus*, ou seja, mantém-se enquanto permanecem hígidos os motivos que a ensejaram.

Por fim, a adoção realmente é possível. Aliás, a depender do caso concreto, a adoção é preferível, à luz da proteção integral, por criar laços definitivos de pais, mães e filhos, inclusive, com consequência no âmbito sucessório.



73. Josiane procura a Defensoria Pública na cidade de Bauru e conta que seu filho Miguel, de doze anos de idade, deseja ter um contato maior com seu pai Cláudio, que mora em Campinas, a cerca de 260 km de distância. Josiane conversou com Cláudio e decidiram que Miguel iria visitá-lo quinzenalmente em Campinas, mas como ambos os pais trabalham muito, nenhum deles poderia acompanhar o filho nas viagens. Diante desse cenário, seria correto informar Josiane que

- (A) como adolescente, Miguel pode realizar viagens nacionais independentemente de estar acompanhado por um adulto.
- (B) Miguel pode viajar acompanhado de um parente colateral, maior de idade, até o 4º grau.
- (C) Miguel pode viajar acompanhado de um adulto maior, mesmo que não seja parente, desde que haja autorização de um dos pais.
- (D) Miguel apenas poderia viajar acompanhado de um dos pais.
- (E) Miguel pode viajar acompanhado de um adulto maior, mesmo que não seja parente, desde que haja autorização judicial.

Gabarito: D

Fala, pessoal! A questão 3 abordou a letra do ECA, especificamente uma alteração legislativa de 2019. É bem o perfil de cobrança do tema na primeira fase dos concursos de Defensoria!

O tema da autorização de viagem não é complexo, mas é chato de decorar. São várias regrinhas que podem pegar o candidato numa primeira fase.

Antes da modificação legislativa (Lei 13.812/2019), qualquer adolescente (vulgo, pessoa com doze anos completos) podia realizar viagens nacionais, sem estar acompanhado por um adulto. Após a alteração, apenas podem viajar sozinhos em viagens nacionais adolescentes com mais de 16 anos. Vamos conferir as novas regras, de acordo com o art. 83 do ECA, que trata das viagens NACIONAIS:

Art. 83. Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019)



§ 1º A autorização não será exigida quando:

a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesseis) anos, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; (Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019)

b) a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesseis) anos estiver acompanhado: (Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019)

1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco;

2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.

§ 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos.

Com base nesse artigo, podemos analisar cada uma das alternativas:

a) INCORRETA. A alternativa estaria correta antes da alteração legislativa. Depois dela, não são todos os adolescentes que podem viajar sozinhos, mas apenas os maiores de 16 anos;

b) INCORRETA. Segundo o art. 83 do ECA, é necessária a companhia de um ascendente maior ou parente colateral até o 3º grau (não quarto);

c) CORRETA. É o art. 83, § 1º, “2”, do ECA.

d) INCORRETA. Não é essa a única hipótese em que Miguel poderia viajar, pois poderia também viajar acompanhado de um ascendente maior, parente colateral até o terceiro grau, com outro adulto maior e autorização de um dos pais etc;

e) INCORRETA. Nesse caso não se exige a autorização judicial; basta autorização de um dos pais.

Atenção para não confundir as regras relativas à viagem nacional com as regras da viagem internacional, que são mais restritivas. Nesse caso, todas as crianças e adolescentes, mesmo que de 16 anos ou mais, são proibidos de viajarem sozinhos. Leia com atenção os arts. 84 e 85 do ECA.

74. Eduarda comparece à Defensoria Pública e narra que seu filho Andrei, de 14 anos de idade, apresenta quadro de dependência química que o torna violento, quebrando objetos



da casa e agredindo familiares, inclusive ela. Eduarda deseja a imediata internação de seu filho, por entender que tal solução é melhor para ele e para a família, mas ele resiste. Como Defensor Público, você a orienta no seguinte sentido:

- (A) como Andrei está resistindo à internação, a saída é entrar com uma ação de internação compulsória, para que ele seja internado para tratamento, mesmo contra sua vontade.
- (B) antes de buscar a internação, é preciso tentar métodos menos invasivos, como as Comunidades Terapêuticas.
- (C) Andrei deve ser encaminhado para o Serviço Residencial Terapêutico, já que tem quadro de dependência química.
- (D) Andrei deve ser encaminhado para a rede de atendimento psicossocial, mais especificamente para o CAPS i, voltado para crianças e adolescentes.
- (E) Andrei deve ser encaminhado para a rede de atendimento psicossocial, mais especificamente para o CAPS AD, voltado para dependentes de álcool e drogas.

Gabarito: Letra D

Pessoal, o tema dessa questão é de muito apreço do examinador do último concurso da DPESP e dos últimos concursos da FCC, Flávio Américo Frasseto. Ele inclusive tem um artigo sobre internação compulsória de crianças e adolescentes (não consegui encontrar na internet, mas tenho o arquivo em PDF pra quem quiser).

Basicamente, sempre que lidarmos com questões de saúde mental e dependência química, precisamos seguir os parâmetros da Lei nº 10.216/01, cuja leitura, releitura, e memorização é **INDISPENSÁVEL** para os concurreseiros da Defensoria Pública (a lei é curtinha então dá pra fazer isso).

A lei traz em seu artigo 4º que *“A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”*. Ou seja, a internação é sempre a última opção, a última ratio. O atendimento desse tipo de caso sempre deve buscar outros serviços da rede psicossocial (RAPS), priorizando-se os ambulatoriais à internação.

Tudo bem, mas se o adolescente não vai ser internado, para onde ele vai? Para qual dos serviços da rede de atendimento psicossocial?



Para saber responder a essa pergunta, recomendo a leitura do Manual de Atuação Estratégica para Implementação da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), produzido pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos. Esse está facilmente acessível na internet: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Manual07.10%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Manual07.10%20(1).pdf).

Essa cartilha sistematiza os serviços da RAPS, que são regulamentados pelo Anexo V da Portaria de Consolidação nº 3/2017, do Ministério da Saúde.

De forma resumida, o principal serviço da RAPS é o CAPS (Centro de Atenção Psicossocial), que se divide em CAPS I, II e III, de acordo com o tamanho do Município; CAPS Ad e Ad IV, voltado especificamente para necessidades decorrentes do abuso de substâncias químicas; e CAPS i, voltado para crianças e adolescentes.

No caso, como se trata de um adolescente, o serviço mais indicado é o CAPS i, sendo essa a resposta da questão (alternativa D).

Assim, vamos entender porque as demais alternativas se encontram erradas.

- a) INCORRETA. A alternativa “A” se encontra errada pois, como dito, a internação é a última medida a ser tomada, apenas após esgotados os serviços ambulatoriais. Ademais, para a Defensoria Pública, sequer seria possível algo como “ação de internação compulsória”, pois a internação jamais pode ser determinada pelo juiz, apenas por um médico. A ação só seria possível para exigir um leito hospitalar do Estado ou do Município, caso não houvesse leitos suficientes.
- b) INCORRETA. A alternativa “B” também não é a mais adequada. O tratamento em comunidades terapêuticas é bastante polêmico, dado o seu caráter normalmente religioso, a ausência de uma equipe qualificada e a utilização da abstinência como princípio. A internação em comunidade terapêutica só pode se dar de forma voluntária. Os núcleos da Infância e Juventude e de Cidadania e Direitos Humanos redigiram uma nota conjunta sobre a impossibilidade de internação de crianças e adolescentes em comunidades terapêuticas, anexa ao Manual sobre RAPS já mencionado, podendo ser encontrada no mesmo link.
- c) Da mesma forma, não é adequado o Serviço Residencial Terapêutico, já que esse é voltado para egressos de instituições de tratamento psiquiátrico, o que não é o caso.
- d) O CAPS i é o serviço mais adequado, pois é voltado para crianças e adolescentes.
- e) O CAPS AD seria adequado se se tratasse de um adulto. No entanto, por se tratar de adolescente, Miguel deve ser remetido ao CAPS i.



75. Sobre a medida de acolhimento institucional, prevista no artigo 101, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é correto afirmar:

(A) É medida socioeducativa aplicável à criança ou adolescente quando imputada a prática de ato infracional, implicando na privação de sua liberdade.

(B) É medida de proteção, provisória e excepcional, aplicável à criança e ao adolescente em casos de grave ameaça ou violação a seus direitos, tendo por objetivo principal a futura reintegração familiar.

(C) Tendo em vista o objetivo máximo de restauração dos vínculos familiares, o acolhimento institucional é medida que prefere ao acolhimento familiar, que tem por objetivo a criação de vínculo da criança ou adolescente com a pretensa família substituta.

(D) A criança ou adolescente inserido em programa de acolhimento institucional terá sua situação reavaliada a cada 6 (seis) meses, permanecendo no programa no prazo máximo de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade em vistas ao princípio da proteção integral.

(E) É medida de proteção de atribuição exclusiva do Conselho Tutelar, podendo ser determinada, dada a gravidade da violação aos direitos da criança ou adolescente, sem a necessidade de pronunciamento da autoridade judiciária competente.

Gabarito: Letra B

BREVES CONSIDERAÇÕES:

O acolhimento institucional é medida de proteção, prevista no artigo 101, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, excepcional e provisória, aplicável tão somente em casos de grave violação aos direitos da criança ou adolescente em que, dada a situação concreta é justificável o afastamento temporário da entidade familiar.

Na doutrina, é assim conceituado:

Consiste na determinação, pela autoridade competente, do encaminhamento de determinada criança ou adolescente à entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional, em



razão de abandono, ou após a constatação de que a manutenção na família ou ambiente de origem não é a alternativa mais adequada ao seu cuidado e à sua proteção.²⁰

Nos termos do § 1º, do artigo 101, do ECA, o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são *utilizáveis como forma de transição para a reintegração familiar* e, tão somente se verificado concretamente não ser possível o restabelecimento dos vínculos, são utilizados como forma de transição para a inclusão na chamada família substituta.

O ECA é expresso ao prever que a referida medida de proteção não implica em privação de liberdade da criança e do adolescente nela inserido, sendo-lhes garantido, de modo diverso, todos os direitos que lhes são inerentes à vida digna, incluindo-se a convivência familiar e comunitária, devendo constar em seu plano individual de atendimento (PIA) atividades a serem desenvolvidas com a criança ou adolescente acolhido e seus pais ou responsáveis, conforme disposto no inciso III, do § 5º, do artigo 101.

Por outro lado, por ser medida de proteção considerada gravosa, por impactar diretamente do direito à convivência familiar, o §2º do artigo 101 é expresso ao prever que, salvo na *tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei (maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável), o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.* Com efeito, não obstante o artigo 136, inciso I, do ECA estabelecer sem atribuição do Conselho Tutelar a aplicação das medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VII, incluindo-se aí as medidas de acolhimento familiar e institucional, uma interpretação garantista impõe que o Conselho Tutelar somente pode aplicar as referidas medidas de acolhimento em casos de excepcionais emergências, de modo que a formalização da aplicação da medida e o efetivo afastamento da criança e adolescente do convívio familiar somente pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária competente, com deflagração de procedimento próprio em que se garanta o exercício do contraditório e ampla defesa aos pais e responsáveis.

Imediatamente após o acolhimento, a entidade responsável pelo programa deverá elaborar um plano individual de atendimento – PIA, sob responsabilidade de equipe técnica com vistas a reintegração da criança ou adolescente na unidade familiar, levando-se sempre em consideração a opinião da criança e do adolescente e a oitiva dos pais ou responsáveis. O PIA deverá conter, nos termos do disposto no § 6º, do artigo 101, os resultados da avaliação interdisciplinar inicial, os compromissos assumidos pelos pais ou

20 TAVARES, Patrícia Silveira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. Op., p. 532.



responsáveis e as atividades a serem desenvolvidas com a criança ou adolescente e seus pais ou responsável para a reintegração familiar.

Corroborando com a característica da excepcionalidade e provisoriedade da medida, alteração legislativa promovida pelo implemento da Lei 13.509/2017 promoveu a alteração dos prazos máximos de aplicação e reavaliação da medida. Nesse sentido, o prazo máximo de 2 (dois) anos previsto anteriormente foi minorado para 18 (dezoito) meses, enquanto o prazo de reavaliação foi modificado de 6 (seis) meses para 3 (três) meses, sem prejuízo de eventual reintegração à família em prazo anterior, nos termos do § 8º, do artigo 101, sempre que verificada a possibilidade de reintegração familiar pelo responsável pelo programa de acolhimento.

No que concerne ao acolhimento familiar, novidade trazida pela alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente operada com a Lei nº 12.010/2009, consiste em uma modalidade de acolhimento, também aplicável em casos de grave ameaça ou violação aos direitos da criança ou adolescente em que é necessário o afastamento temporário do domicílio familiar, em que a criança ou adolescente permanece sob a guarda da chamada família acolhedora, devidamente cadastrada para tal fim. O objetivo máximo do acolhimento familiar é o mesmo do acolhimento institucional: promover a reintegração da criança e do adolescente à sua família natural ou extensa e, somente em hipóteses excepcionais da impossibilidade da manutenção dos vínculos, promover a inserção em família substituta.

Com efeito, tal modalidade de acolhimento tem como diferencial a inclusão da criança ou adolescente em um núcleo familiar dotado de uma maior proximidade e afetividade, guardando, entretanto, os mesmos objetivos do acolhimento institucional no que concerne aos restabelecimento dos vínculos da criança com a família natural, sendo, assim, preferível, por sua maior humanização, ao acolhimento institucional, conforme disposto no §1º, do artigo 34, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

a) ERRADA: a alternativa confunde o conceito de acolhimento institucional, medida de proteção aplicável à criança ou adolescente em situação de violação de direitos, sem qualquer privação de liberdade, com o conceito da medida socioeducativa de internação, medida gravosa e excepcional que implica em privação de liberdade, aplicada tão somente a adolescentes em caso de prática de ato infracional cometido com violência ou grave ameaça, reiteração de infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (artigo 122, ECA).

b) CORRETA: nos termos do disposto no §1º, do artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente: *o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não*



sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

c) CORRETA: nos termos do disposto no §1º, do artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente: *o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.*

d) ERRADA: os prazos de aplicação e de reavaliação do acolhimento institucional e familiar foram alterados pela Lei nº 13.509/2017, a qual alterou a redação dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 19, do ECA, modificando o prazo máximo de 2 (dois) anos para 18 (dezoito) meses, e o de reavaliação de 6 (seis) meses para 3 (três) meses.

e) ERRADA: por implicarem em patente afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, a aplicação das medidas de proteção de acolhimento institucional ou familiar é de competência da autoridade judiciária, após a deflagração de procedimento próprio, com respeito ao contraditório e ampla defesa. Em tal sentido, dispõe o §2º, do artigo 101, do ECA: Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. Em tal sentido, não obstante o artigo 136, inciso I, do ECA prever como atribuição do Conselho Tutelar a aplicação das medidas de proteção previstas nos artigo 101, incisos I a VII, o que inclui, em tese, os acolhimentos institucional e familiar, uma interpretação garantista de tais dispositivos deve considerar que tal atribuição do Conselho Tutelar somente seria possível em hipóteses excepcionais de urgência (maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável), para a imediata cessão da violação, com posterior instauração de procedimento próprio perante autoridade judiciária, a pedido do MP.

76. Sobre o Sistema de Garantias da Criança e do Adolescente, disciplinado pela Resolução 113/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, é correto afirmar:

(A) O Sistema de Garantias da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais, sem participação direta da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos



mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente em níveis Federal e Estadual.

(B) Os órgãos públicos e organizações da sociedade civil que integram o Sistema de Garantias da Criança e do Adolescente deverão exercer suas funções a partir de três eixos estratégicos – defesa, promoção e controle da efetivação de direitos humanos, não podendo exercer funções em mais de um eixo.

(C) O eixo estratégico da promoção dos direitos humanos da criança e adolescente se desenvolve de maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas e integrando suas ações, em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes, sendo realizada através das instâncias públicas colegiadas próprias, tais como os conselhos dos direitos de crianças e adolescente, conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas.

(D) As Varas da Infância e Juventude, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e serviços de assessoramento jurídico, as polícias civil e militar e os Conselhos Tutelares, integram tipicamente o eixo estratégico do controle da efetivação de direitos humanos.

(E) O eixo estratégico da defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes se caracteriza pela garantia de acesso à justiça, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e adolescência, a fim de assegurar sua impositividade e exigibilidade concreta.

Gabarito: Letra E

BREVES CONSIDERAÇÕES:

A Resolução 113/2006, do CONANDA, e as alterações promovidas pela Resolução 117, do CONANDA, também do ano de 2006, foram implementadas com o intuito de sistematizar, concretizar e fortalecer o sistema de garantias da criança e do adolescente, já previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com efeito, a resolução em questão não instituiu, efetivamente, o sistema de garantias da criança e do adolescente, mas trouxe seus conceitos básicos e deu uma melhor estruturação, contendo dispositivos meramente descritivos ou elucidativos de regras contidas em outros documentos, existindo poucas prescrições efetivamente inovadoras.

A ideia de se estabelecer um sistema ordenado de garantias da criança e do adolescente se fundamenta na necessidade de uma verdadeira articulação de instâncias para a concretização dos direitos das crianças e adolescentes, que se beneficiam dos direitos



que lhes são inerentes e específicos, assim como de todos os demais direitos e mecanismos de proteção dos direitos humanos.

Para uma melhor sistematização e esquematização o SGD foi dividido em três eixos estratégicos, previstos já no *caput* do artigo 1º, da referida resolução, quais sejam: promoção, defesa e controle da efetivação de direitos humanos da criança e do adolescente, a serem desenvolvidos por meio da articulação e integração de instâncias públicas e sociedade civil, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal. No que concerne à relação existente entre os três eixos, explicam os defensores públicos Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto e Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes:

Diz-se genericamente, que, quando falham as políticas de promoção, e as instâncias de controle não conseguem prevenir esta falha, o direito resta violado ou está em vias de o sê-lo, pelo que se deve acionar as instâncias de defesa para garantir sua preservação, impositividade e, se for o caso, restabelecer sua fruição.²¹

O eixo da promoção é previsto nos artigos 14 e seguintes da Resolução 113/2006, o qual estabelece que eixo estratégico da promoção dos direitos humanos de crianças e adolescentes se *operacionaliza através do desenvolvimento da "política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente", prevista no artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que integra o âmbito maior da política de promoção e proteção dos direitos humanos, ressaltando-se que tal eixo se desenvolve maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas (infra-estruturantes, institucionais, econômicas e sociais) e integrando suas ações, em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes.*

A promoção de direitos da criança e do adolescente implica, muitas vezes, na oferta de prestações positivas por parte das instâncias públicas ou mesmo da sociedade civil, a fim de se garantir o efetivo exercício dos direitos, sendo tal atribuição prevista na chamada *política de atendimento*, prevista no artigo 86, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de responsabilidade do Poder Executivo, nas esferas Federal, Estadual, Distrital e Municipal. Para tanto, nos termos do artigo 15 da Resolução 113/2006, o eixo da promoção se subdivide em serviços e programas atinentes: (i) a políticas públicas em geral; (ii) a execução de medidas de proteção; (iii) a execução de medidas socioeducativas.

O eixo do controle, por seu turno, previsto nos artigos 21 e seguintes da Resolução 113/2006, tem a função de verificar a efetivo implemento dos direitos humanos da criança e do adolescente em relação às ações de promoção e defesa. Conforme se depreende da leitura dos incisos I a III do referido dispositivo, o eixo do controle é realizado principalmente por meio dos conselhos dos direitos de criança e adolescente, conselhos

21 Coleção Defensoria Pública Ponto a Ponto – Direito da Criança e do Adolescente, Editora Saraiva, 2016, p 186.



setoriais de formulação e controle de políticas públicas e de órgão de controle interno e externo, como Tribunais de Contas e Controladorias. Ressalta-se, nesse sentido, que os referidos órgãos devem efetivar o acompanhamento e fiscalização das ações de promoção e defesa, criando normas e recomendações de caráter vinculante a todos os órgãos e entidades da sociedade civil participantes do sistema de garantias.

Por fim, o eixo da defesa, previsto no artigo 6º e seguintes, da Resolução 113/2006, tem por objetivo a garantia do acesso à justiça, em caso de violação ou ameaça de violação aos direitos da criança e do adolescente, possibilitando a provocação das *instâncias jurídicas capazes de assegurar a impositividade e exigibilidade concreta dos direitos*.²²

Como garantia de acesso à justiça da criança e do adolescente, prevê a resolução a atuação do Poder Judiciário e sua equipe multidisciplinar, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia e Procuradorias, Polícias Militar e Civil, Conselhos Tutelares, ouvidorias, e entidades sociais de defesa de direitos humanos.

No que concerne à atuação da Defensoria Pública, é necessário destacar os seguintes dispositivos da Resolução 113/2006:

Art. 8º Para os fins previstos no art. 7º, é assegurado o acesso à justiça de toda criança ou adolescente, na forma das normas processuais, através de qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 1º Será prestada assessoria jurídica e assistência judiciária gratuita a todas as crianças ou adolescentes e suas famílias, que necessitarem, preferencialmente através de defensores públicos, na forma da Lei Complementar de Organização da Defensoria Pública.

§ 2º A não garantia de acesso à Defensoria Pública deverá implicar em sanções judiciais e administrativas cabíveis, a serem aplicadas quando da constatação dessa situação de violação de direitos humanos.

Art. 9º O Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Segurança Pública deverão ser instados no sentido da exclusividade, especialização e regionalização dos seus órgãos e de suas ações, garantindo a criação, implementação e fortalecimento de:

VI - Núcleos Especializados de Defensores Públicos, para a imprescindível defesa técnico jurídica de crianças e adolescentes que dela necessitem;

a) ERRADA. Nos termos do artigo 1º, da Resolução 113/2006 *o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal,*

22 Coleção Defensoria Pública Ponto a Ponto – Direito da Criança e do Adolescente, Editora Saraiva, 2016, p 187.



Estadual, Distrital e Municipal. Com efeito, a sociedade possui participação no Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, por expressa previsão, ressaltando-se, ademais, a prevalência do princípio da descentralização administrativa, devendo o SGD ser desenvolvido em níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

b) ERRADA. Embora a Resolução relacione determinados órgãos a eixos estratégicos específicos, o parágrafo único do artigo 5º é expresso ao prever que *os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil que integram o Sistema podem exercer funções em mais de um eixo.*

c) ERRADA. Os conselhos dos direitos de crianças e adolescente e os conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas são órgãos que tipicamente desenvolvem atribuições no eixo do controle de efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, conforme disposto no artigo 21, da Resolução 113/2006, CONANDA.

d) ERRADA. As Varas da Infância e Juventude, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e serviços de assessoramento jurídico, as polícias civil e militar e os Conselhos Tutelares, integram tipicamente o eixo estratégico de defesa de direitos humanos da criança e do adolescente, cumprindo, assim, a facilitação do acesso à justiça em caso de violação ou ameaça de violação a direitos.

e) CORRETA. Previsão expressa do artigo 6º e seguintes da Resolução, de que o eixo estratégico da defesa dos direitos humanos se caracteriza pela garantia de acesso à justiça, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e adolescência, a fim de assegurar sua impositividade e exigibilidade concreta, sendo concretizado, sobretudo, pelo Poder Judiciário, MP, Defensoria Pública, Advocacia e Procuradorias, policiais e Conselhos Tutelares.

77. Com base nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no entendimento dos Tribunais Superiores, assinale a alternativa correta:

(A) Diogo, 11 anos, foi apreendido em flagrante por suposta prática de ato infracional análogo a tráfico de drogas. Tendo em vista a gravidade em abstrato do ato infracional, deverá ser aplicada a ele medida socioeducativa de internação.

(B) A intimação da sentença que aplica medida socioeducativa de semiliberdade será feita ao adolescente e ao seu defensor ou, quando não encontrado o adolescente, a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor.



(C) Configuram hipóteses de não aplicação de medida socioeducativa, dentre outras: estar provada a inexistência do fato, não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato e, ainda, ter o adolescente alcançado a maioridade penal no curso do processo de apuração do ato infracional.

(D) A remissão, como forma de extinção do processo é concedida pelo Ministério Público e pode ou não ser cumulada com qualquer medida socioeducativa.

(E) Caso o Juízo discorde das condições da remissão oferecida pelo Ministério Público, poderá modifica-las no ato da homologação.

Gabarito: Letra B

a) INCORRETA. Verifica-se que a assertiva apresenta dois erros graves:

Inicialmente, tem-se que Diogo possui 11 (onze) anos e é uma criança nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Dessa forma, a ele não seriam aplicáveis medidas socioeducativas, mas apenas medidas protetivas previstas no art. 101, conforme art. 105, ambos do mesmo diploma legal:

Art. 2º Considera-se **criança**, para os efeitos desta Lei, a **peessoa até doze anos de idade incompletos**, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade

Art. 105. Ao **ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.**

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;



V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

ATENÇÃO: Conforme dispõe o art. 98 do ECA, as medidas protetivas previstas no art. 101 são aplicáveis são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto forem ameaçados ou violados. Cabe ressaltar também que tais medidas podem ser cumulativamente aplicadas com medida socioeducativa imposta a adolescente autor de ato infracional.

Sobre a natureza da medida protetiva, asseveram Zapata, Frasseto e Gomes:

Diferentemente da medida socioeducativa imposta a adolescentes autores de ato infracional, a medida protetiva não tem caráter sancionatório à criança ou adolescente a qual é dirigida. Ao contrário, a ideia é a de evitar ou afastar o risco de violação de seus direitos ou restaurar seu gozo caso tenha sido violado.²³

O segundo equívoco da assertiva está na afirmação da possibilidade de determinação de medida de internação com base na gravidade abstrata do ato análogo ao delito de tráfico de drogas. Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a gravidade abstrata ou a natureza hedionda do delito não se prestam, por si sós, a fundamentar aplicação de medida de internação. Nesse sentido:

Súmula 492-STJ: O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. (grifo nosso)

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO APLICADA. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA N. 492/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

²³ Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 86.



1. A verificação do acerto ou desacerto do entendimento fixado pelas instâncias ordinárias, para fins de absolvição ou desclassificação do delito imputado - ou, no caso, do ato infracional praticado -, ultrapassa os limites cognitivos do habeas corpus.

2. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: por ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

3. Dessa forma, a medida socioeducativa extrema está autorizada tão somente nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da medida de internação, na hipótese, com fundamento apenas na gravidade em abstrato do ato infracional (Inteligência da Súmula n. 492/STJ).

4. Na hipótese, não há nos autos nenhum elemento concreto que justifique a imposição da medida mais gravosa. Além da pequena quantidade de drogas apreendida em poder do paciente - 59,54g (cinquenta e nove gramas e cinquenta e quatro centigramas) de maconha -, não há sequer notícia acerca da existência de outros processos nos quais se impute ao menor a prática de atos infracionais.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem concedida para determinar a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida ao paciente. (STJ. HC 523913 / RS HABEAS CORPUS 2019/0220739-8. SEXTA TURMA. Min. Relator: ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. DJe 29/10/2019) (grifo nosso)

b) CORRETA. É a disposição literal do art. 190 do ECA:

Art. 190. A intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semi-liberdade será feita:

I - ao adolescente e ao seu defensor;

II - quando não for encontrado o adolescente, a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor.

§ 1º Sendo outra a medida aplicada, a intimação far-se-á unicamente na pessoa do defensor.

§ 2º Recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença.

Importante destacar que, conforme a previsão legal acima, a intimação pessoal do adolescente da sentença - ou dos pais/responsável em sua ausência - se dará apenas quando da aplicação das medidas mais gravosas: internação ou semiliberdade. Nos demais casos, a intimação recairá apenas sobre o defensor.

c) INCORRETA. A parte inicial da assertiva, de fato, reproduz algumas causas de não aplicação de medida socioeducativa, conforme disposto no art. 189 do ECA:



Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato ato infracional;

IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade.

Contudo, a superveniência da maioridade no curso do processo de apuração do ato infracional não constitui hipótese de não aplicação de medida socioeducativa. Há, inclusive, recente enunciado de súmula do STJ nesse sentido:

Súmula 605-STJ: A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.

Para elucidar melhor a situação, trazemos exemplo elaborado pelo professor Márcio André Lopes Cavalcante²⁴

[...] João, com 17 anos e 11 meses de idade, praticou ato infracional equiparado a roubo. O Promotor de Justiça ofereceu representação ao Juiz, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa (art. 182 do ECA). A “representação” de que trata o ECA é como se fosse a “denúncia” do processo penal. O Juiz entendeu que não era o caso de rejeição da representação e, assim, designou audiência de apresentação do adolescente. Na audiência de apresentação, o Juiz ouviu o adolescente e seus pais. Em seguida, o magistrado, por entender que não era o caso de conceder remissão judicial, determinou o prosseguimento do processo com a realização de instrução. Depois da instrução foi realizado o debate entre Ministério Público e defesa. Chegou o momento de o Juiz proferir a sentença. Ocorre que o magistrado verificou que, em virtude da demora na tramitação do processo, João já está atualmente com 19 anos.

Diante disso, surgiu a dúvida: é possível que João continue sendo julgado pelo juízo da Vara de Infância e Adolescência mesmo já tendo atingido a maioridade penal (18 anos)? É possível que o magistrado aplique alguma medida socioeducativa em relação a João mesmo ele já sendo adulto (maior de 18 anos)?

SIM. A medida socioeducativa pode ser aplicada ao indivíduo maior de 18 anos, desde que o ato infracional tenha sido praticado antes, ou seja, quando ele ainda era adolescente. A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa. Em palavras mais simples: o fato de o adolescente

24 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 605-STJ.** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/04/sc3bamula-605-stj.pdf> Acesso em 20/02/2020



ter completado 18 anos durante o curso do processo onde se apura o ato infracional não interfere na sentença. O juiz poderá aplicar normalmente a medida socioeducativa.

d) INCORRETA. Inicialmente cabe rememorar que o instituto da remissão está previsto nos artigos 126 a 128 do ECA e configura o perdão de um ato infracional.

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do **Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo**, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, **a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.**

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, **exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.**

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público. (Grifo nosso)

Assim, tem-se que a assertiva está incorreta por dois motivos:

- Primeiro por apontar que a remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público é forma de extinção do processo – quando na verdade é forma de exclusão.
- Segundo, por não ressaltar a impossibilidade da cumulação da remissão com as medidas socioeducativas de semiliberdade e internação.

e) INCORRETA. A assertiva também aborda a questão da remissão, sobre a qual já foram tecidos alguns comentários acima. Trata, especificamente, da remissão oferecida pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo.

Diferentemente do que expõe a assertiva, O STJ possui entendimento exarado no Informativo nº 587 no sentido de que, em caso de discordância do Juiz sobre as condições da remissão oferecida pelo Ministério Público, não é possível que ele as modifique no ato da homologação:

Se o representante do Ministério Público ofereceu a adolescente remissão pré-processual (art. 126, caput, do ECA) cumulada com medida socioeducativa e o juiz discordou dessa cumulação, ele não pode excluir do acordo a aplicação da medida socioeducativa e homologar apenas a remissão. STJ. 6ª Turma. REsp 1.392.888-MS, Rel. Min. Rogerio Schietti, julgado em 30/6/2016 (Info 587).

Nesse caso, deverá proceder conforme previsão do art. 181 §2º do ECA:



Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar. (Grifo nosso)

Para mais informações sobre o instituto da remissão e o posicionamento do STJ exposto acima, recomendamos a leitura do texto “Remissão prevista no ECA. Saiba mais” de autoria do professor Márcio André Lopes Cavalcante.²⁵

78. Sobre as medidas socioeducativas é correto afirmar, exceto:

(A) Segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição penal é aplicável às medidas socioeducativas.

(B) A internação, conforme previsão expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente, se sujeita aos seguintes princípios: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(C) Consoante disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a medida de prestação de serviços à comunidade não pode exceder o prazo de seis meses, tal prazo configura a duração mínima da medida de liberdade assistida.

(D) São condições para a aplicação de medida socioeducativa as provas suficientes da autoria e da materialidade da infração.

(E) Na medida de internação será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

Gabarito: Letra D

25 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Remissão Prevista no ECA. Saiba mais**. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/10/remissao-prevista-no-eca-saiba-mais.html>> Acesso em 20/02/2020



A questão aborda a temática das medidas socioeducativas e pede que se assinale a assertiva incorreta.

Conforme lecionam Zapata, Frasseto e Gomes²⁶:

A medida socioeducativa é a resposta estatal ao adolescente autor de ato infracional, disposta em decisão judicial. Possui natureza sancionatória com poder coercitivo e conteúdo pedagógico. [...] Ao identificar a medida como de natureza sancionatória, fica evidente que, querendo ou não, o adolescente deve a ela se submeter, tanto que o Estado possui formas de obriga-lo a tal, inclusive, privando-o de liberdade. Daí a coercitividade da medida, porém, nem mesmo nesse caso, a estratégia utilizada para a execução da medida deve afastar-se de seus aspectos pedagógicos, ao contrário, sob pena de tratar-se de mera punição, sem finalidade socioeducativa.

As medidas socioeducativas estão previstas no rol taxativo do art. 112 do ECA e podem ser a) advertência; b) obrigação de reparar o dano; c) prestação de serviços à comunidade; d) liberdade assistida; e) semiliberdade; e f) internação.

a) CORRETA. Existe entendimento sumulado do STJ sobre a questão:

Súmula 338-STJ: A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.

Elucidativa a exposição do Ministro Hamilton Carvalhido no julgamento do AgRg no Ag 469.617-RS (6ª T, 26.05.2004 – DJ 02.08.2004)²⁷:

Decerto, as medidas sócio-educativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. De qualquer modo, o instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores.

E como é feito o cálculo da prescrição?

Existe corrente que defende que o cálculo deve ser feito com base na pena prevista para o crime correspondente ao ato infracional perpetrado, aplicando-se o art. 109 do Código Penal, com a incidência do art. 115 do mesmo diploma, que reduz o prazo pela metade para os menores de 18 anos na data do fato.

26 Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 92/93.

27 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula338.pdf>



No entanto, nos parece mais correto o entendimento exposto por Zapata, Frasseto e Gomes²⁸ no sentido de que devem ser considerados os prazos máximos de cumprimento da medida socioeducativas com a utilização das disposições dos artigos 109 e 115 do Código Penal, ressalvada a situação em que a aplicação da pena prevista para o crime correspondente constituir tratamento menos gravoso:

Com o advento da Lei n. 12.594/2012, que estabelece que não se pode dar ao adolescente tratamento mais gravoso que aquele dispensado ao adulto, necessário, ainda, utilizar-se do diploma penal para comparar o quantum de reprimenda aplicada ao mesmo fato típico praticado pelo adolescente, caso ele fosse adulto, no caso de esta interpretação ser a mais vantajosa ao adolescente. Nesse sentido, bem explicita as regras aplicáveis ao caso concreto o julgado TJRJ, APL 00000457820118190045, publicado em 5-3-2013, que dispõe que **na medida socioeducativa aplicada sem termo, o prazo prescricional deve ter por parâmetro a duração máxima da medida de internação (3 anos) ou, havendo termo, o prazo prescricional terá por parâmetro a duração da medida socioeducativa aplicada.** Estabelece a decisão mencionada, ainda, que **se a legislação penal prevê pena mínima inferior ao prazo estipulado para a aplicação da medida socioeducativa de internação, não se admitirá tal parâmetro para o cálculo da prescrição, pois o adolescente jamais poderia ficar sujeito à consequência mais rigorosa que um imputável sofreria caso praticasse a mesma conduta típica.**

Nesse sentido também se manifesta o STJ:

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESCRIÇÃO. SÚMULA Nº 338 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. PRESCRIÇÃO. CRITÉRIO DE CÁLCULO.

1. Sedimentou-se nesta Corte a compreensão de que, tratando-se de **medida socioeducativa aplicada sem termo, o cálculo da prescrição deve ter em vista o limite de 3 (três) anos previsto para a duração máxima da medida de internação** (art. 121, § 3º, da Lei nº 8.069/90), ou, **havendo termo certo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença, reduzindo-se, ainda, pela metade, por se tratar de agente menor de 21 anos.**
2. De outra parte, **"se a legislação penal estabelece pena inferior ao prazo máximo estipulado para a aplicação da medida socioeducativa de internação 3 (três) anos, não se pode admitir que se utilize tal parâmetro para o cálculo da prescrição, uma vez que levaria a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, porquanto se daria tratamento mais rigoroso à adolescente do que a um adulto, em situações análogas."** (HC 120.875/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03/08/09)
3. Entretanto, em respeito à coerência sistemática do ordenamento jurídico, **em face das medidas de advertência e reparação de danos, previstas nos arts. 115 e 116 a Lei nº 8.069/90, não admitirem parâmetro temporal e nem cercearem a liberdade de locomoção**

28 Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 105



do adolescente, deve-se levar em consideração critérios diversos dos acima citados para o cálculo do lapso prescricional.

4. Com efeito, no caso em exame, tendo sido aplicada ao recorrido medida socioeducativa de advertência (a mais branda das medidas), pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art.129, caput, do Código Penal, deve ser utilizado o menor prazo previsto na legislação penal art. 109, VI, do CP, reduzido pela metade em decorrência da menoridade, nos termos do art. 115 do mesmo Códex, ou seja, 1 (um) ano, em obediência aos princípios da isonomia e proporcionalidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1122262/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009).

Para ficar mais claro:

Medidas socioeducativas que não comportam parâmetro temporal	Advertência	Deve ser utilizado o menor prazo previsto na legislação penal – art. 109, VI do CP (três anos), reduzido pela metade por força do art. 115 do CP. Fica consolidado, portanto, em <u>1 ano e 6 meses.</u>
	Obrigação de Reparar o Dano	Deve ser utilizado o menor prazo previsto na legislação penal – art. 109, VI do CP (três anos), reduzido pela metade por força do art. 115 do CP. Fica consolidado, portanto, em <u>1 ano e 6 meses.</u>
Medidas socioeducativas que comportam parâmetro temporal	Prestação de serviços à comunidade (máximo de 06 meses)	Utiliza-se a duração máxima da medida e aplica-se o art. 109, VI do CP (três anos), reduzido pela metade por força do art. 115 do CP. Fica consolidado, portanto, em <u>1 ano e 6 meses.</u>
	Liberdade assistida (máximo de 03 anos)	REGRA: Utiliza-se a duração máxima da medida, aplicando-se o art. 109, IV do CP (oito anos), reduzido pela metade por força do art. 115 do CP. Fica consolidado, portanto, em <u>4 anos.</u>
	Semiliberdade (máximo de 03 anos)	EXCEÇÃO: Se a legislação penal estabelece pena inferior ao prazo máximo de duração, ela será utilizada como critério para cálculo.
	Internação (máximo de 03 anos)	



b) CORRETA. É a redação do *caput* do art. 121 do ECA. Sobre o tema, interessante trazer os comentários da doutrina²⁹:

Em relação à internação, está submetida aos princípios da excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente. Isso quer dizer que a medida somente pode ser imposta em último caso, quando descabidas medidas mais brandas (vide §2º do art. 122 do ECA) e, se tiver de ser aplicada, deve-se trabalhar para que dure o menor tempo possível. Tais princípios, que têm previsão constitucional, também estão na normativa internacional, vez que existe um consenso universal quanto aos danos irreparáveis decorrentes da experiência de institucionalização prolongada e da privação do direito à convivência familiar.

c) CORRETA. É o que dispõem os artigos 117, *caput* e 118, §2º do ECA:

Art. 117. A **prestação de serviços comunitários** consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, **por período não excedente a seis meses**, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Art. 118. A **liberdade assistida** será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida **será fixada pelo prazo mínimo de seis meses**, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. (grifo nosso)

d) INCORRETA. É preciso se atentar ao texto legal, pois, conforme se extrai da leitura do art. 114 do ECA, a aplicação da advertência prescinde (dispensa) dos requisitos mencionados, bastando a prova da materialidade e **indícios suficientes da autoria**:

Art. 114. A imposição **das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração**, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. **A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria**. (grifo nosso)

e) CORRETA. É o que está disposto no art. 121§1º do ECA:

29 Idem.P. 100



Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

APROFUNDAMENTO: E as atividades externas no regime de semiliberdade? Há possibilidade de restrição pela autoridade judiciária?

Segundo Rossato, Lépure e Cunha³⁰:

[...] parte da doutrina entende que as atividades externas não podem ser restritas pelo magistrado, em razão da redação do art. 120 do ECA. Logo, seriam as atividades externas da essência da medida, não podendo ser proibidas pelo magistrado. No entanto, o STJ, reiteradamente, vem decidindo que é permitido ao juiz proceder a essa vedação, até como forma de controlar e fiscalizar a reinserção do adolescente no convívio comunitário.

O STF, por sua vez, decidiu que, em regra, essa restrição não é permitida, e que qualquer limitação aos direitos fundamentais de adolescentes deve ser feita em hipóteses excepcionais, exigindo-se decisão devidamente fundamentada.

79. Com base nos entendimentos dos Tribunais Superiores e na legislação pertinente, analise as seguintes assertivas:

I. Para o cumprimento das medidas socioeducativas de semiliberdade ou de internação, o plano individual de atendimento será elaborado no prazo de até 45 dias do ingresso do adolescente no programa de atendimento, já para o cumprimento das medidas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida, tal prazo será de até 15 dias.

II. É possível a expedição de mandado de busca e apreensão para localizar adolescente que descumpriu medida socioeducativa de liberdade assistida, não configurando constrangimento ilegal.

III. Não é possível que o adolescente infrator inicie o imediato cumprimento da medida socioeducativa de internação que lhe foi imposta na sentença, caso tenha interposto recurso de apelação e esteja aguardando seu julgamento.

IV. O fato de não haver vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade em unidade próxima da residência do adolescente infrator impõe a sua inclusão em programa de meio aberto, sendo um direito garantido pela Lei nº 12.594/12.

30 ROSSATO, Luciano Alves. LÉPURE, Paulo, CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo. 9ª edição – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 370,



Estão corretas as assertivas:

- (A) I, II e III
- (B) II, III e IV
- (C) II e IV
- (D) I e II
- (E) I, II, III e IV

Gabarito: Letra D

COMENTÁRIOS:

I) A alternativa I está **CORRETA**, com base no parágrafo único do art. 55 e no art. 56, ambos da Lei nº 12.594/12 (Lei do SINASE), havendo essa diferença de prazo para a elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) em se tratando de medidas socioeducativas de semiliberdade e de internação, que será de até 45 dias, e de medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade, que será de até 15 dias. Importante estar atento a esses prazos, pois são frequentemente exigidos em provas objetivas de concursos para a Defensoria Pública. Vejamos os dispositivos:

Art. 55. Para o cumprimento das medidas de **semiliberdade** ou de **internação**, o plano individual conterá, ainda:

I - a designação do programa de atendimento mais adequado para o cumprimento da medida;

II - a definição das atividades internas e externas, individuais ou coletivas, das quais o adolescente poderá participar; e

III - a fixação das metas para o alcance de desenvolvimento de atividades externas.

Parágrafo único. O PIA será elaborado no prazo de **até 45 (quarenta e cinco) dias** da data do ingresso do adolescente no programa de atendimento.

Art. 56. Para o cumprimento das medidas de **prestação de serviços à comunidade** e de **liberdade assistida**, o PIA será elaborado no prazo de **até 15 (quinze) dias** do ingresso do adolescente no programa de atendimento.



APROFUNDAMENTO: Sobre o Plano Individual de Atendimento (PIA), lecionam Zapata, Frasseto e Gomes³¹:

O conhecido PIA socioeducativo é o instrumento de previsão, registro e gestão de atividades a serem desenvolvidas com o adolescente que foi inserido no cumprimento de medida socioeducativa. Deve o documento ser elaborado pela equipe técnica que compõem o programa de atendimento e, em caso de medida socioeducativa em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade), deverá ser apresentado no prazo de 15 dias, a contar da data do ingresso do adolescente ao programa e, em 45 dias, no caso das medidas socioeducativas em meio fechado (semiliberdade e internação).

Quando da elaboração do Plano Individual de Atendimento, para cada adolescente inserido em medida socioeducativa, a equipe deverá observar suas três facetas: a) seu aspecto descritivo (situação constatada, que cerca a vida social, escolar, familiar daquele adolescente); b) seu aspecto propositivo (identificação da demanda e das intervenções relacionadas); c) seu aspecto temporal (administração do plano, de seu desenvolvimento, identificando as intervenções no espaço, com a programação de um trabalho a ser realizado).

Diversos artigos, espalhados pela Lei n. 12.594/2012, remetem ao Plano Individual de Atendimento, dada sua importância no desenvolvimento de um processo socioeducativo, vejamos: art. 13, que determina a orientação a ser dada sobre a finalidade da medida e organização do programa aos responsáveis e ao adolescente; art. 42, que define períodos de reavaliação obrigatória da medida imposta, a partir da análise de desenvolvimento do PIA; art. 52, que traz a definição legal do Plano; art. 54, caput, e art. 55, que dispõem sobre requisitos mínimos para sua formulação; e, art. 54, III, que determina a previsão de atividades, fortalecendo a ideia de que é preciso conhecer com antecipação, antever, dar prazo à execução das metas, coordenando-as dentro do período máximo de reavaliação (seis meses).

É imprescindível que, quando da elaboração do PIA e quando do pedido de encerramento, substituição ou suspensão da medida socioeducativa, a equipe analise o que dispôs o legislador a respeito da finalidade da mesma. Ou seja, para se prever a intervenção e decidir pelo cumprimento, deve-se perguntar se o adolescente foi responsabilizado (se consegue perceber o prejuízo resultante de sua conduta e a proporcionalidade na resposta estatal), debatendo com ele sobre o ato praticado; a ampliação de seu raciocínio ético; o quanto ele foi afetado pela situação. Deve-se, ainda, entender se foi o adolescente integrado socialmente e se teve seus direitos restabelecidos ou garantidos, ou seja, se o adolescente se comprometeu com o cumprimento das metas fixadas, se as alcançou, pautando tais intervenções na busca da identidade, na autoestima, na elaboração de projeto de vida, na trabalhabilidade, na cidadania. Por fim, se respeitou a desaprovação, nos limites trazidos pela sentença, na medida em que se analisa se o plano trouxe resposta à conduta.

Independentemente do formato em que é apresentado, o PIA deve conter os elementos mínimos elencados pelo art. 54.

31 Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 226-228.



II) A assertiva II está CORRETA, pois reflete entendimento proferido pela 6ª Turma do STJ, ao julgar o HC 381127/SP, impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo³², cuja ementa oficial segue transcrita:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. MEDIDA NECESSÁRIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. **É entendimento pacífico desta Corte Superior que a expedição de mandado de busca e apreensão para localizar adolescente que descumpriu medida socioeducativa de liberdade assistida não configura constrangimento ilegal, nem mesmo contraria o enunciado da Súmula n. 265 do STJ.** Precedentes. 2. Não há que se falar em ilegalidade na determinação de continuidade da medida socioeducativa de liberdade assistida quando necessária para proteção do menor em situação de risco. 3. Habeas corpus denegado. (HC 381.127/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017).

APROFUNDAMENTO: É importante ressaltar que o art. 43, § 4º, da Lei nº 12.594/2012 prevê que a internação-sanção, quando do descumprimento de medida anterior (art. 122, III, ECA), deve ser precedida da oitiva do adolescente, em prévia audiência, e de parecer técnico da equipe interprofissional, indicando a sua necessidade, no curso do processo.

Já a Súmula nº 265 do STJ (mencionada no julgado acima) prevê que: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

Dessa forma, é imprescindível a oitiva do adolescente antes de se aplicar a internação-sanção, visto que o inciso III, art. 122 do ECA estabelece que o descumprimento da medida socioeducativa anteriormente sentenciada deve ser reiterado e INJUSTIFICÁVEL, o que significa que o adolescente pode apresentar uma justificativa, um motivo para o descumprimento da medida. Em nome da ampla defesa e do contraditório, é preciso dar ao adolescente a possibilidade de se justificar.

Já o art.15, § 2º, da Resolução nº 165/12 do CNJ, dispõe que é vedada a privação da liberdade do adolescente antes da decisão que aprecia e expressamente aplica o art. 122, inciso III, ECA.

Sendo assim, se o adolescente descumpriu medida socioeducativa, esse descumprimento vai dar origem à expedição de um mandado de busca e apreensão, que vai para a rua para ser cumprido. Sendo encontrado e apreendido, é preciso fazer valer o que está previsto nos dispositivos e na súmula supramencionados, e, portanto, o adolescente deve

³² Tendo em vista tratar-se de HC impetrado pela DP/SP, sugere-se a leitura completa do julgado, para maior compreensão do tema, disponível no link:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69215881&num_registro=201603191850&data=20170322&tipo=51&formato=PDF



ser ouvido para que possa justificar o descumprimento. Não pode, dessa forma, ser mantido em privação de liberdade enquanto aguarda essa audiência especial de justificação. Haveria ilegalidade a ensejar impetração de *habeas corpus*. Essa é a melhor posição a ser sustentada em provas para a Defensoria Pública.

Em suma, se o adolescente descumpre medida socioeducativa, é expedido mandado de busca e apreensão, e é apreendido, o que deve ser feito? Deve ser imediatamente apresentado ao juiz para uma audiência que se convencionou chamar de “audiência especial”, a fim de que ele apresente sua justificativa, e antes dessa audiência não é possível a sua privação de liberdade, porque é imprescindível que o juiz primeiro aprecie se é hipótese ou não de cabimento da internação-sanção. Isso porque o juiz pode se convencer de que o descumprimento não é reiterado ou que está justificado (por exemplo, o adolescente diz que foi agredido por outros meninos no lugar onde cumpria medida e por isso fugiu).

E se a medida anterior, que foi descumprida, já era de internação? Nesse caso o raciocínio será diferente. O que foi falado até então vale para hipóteses de descumprimento de medidas que não a internação, sobretudo a semiliberdade, que possibilita o descumprimento com maior facilidade. A internação é mais difícil de ser descumprida, até porque é semelhante ao regime fechado, e a fuga é menos rotineira, na prática. Dessa forma, se a medida anteriormente fixada e descumprida já era a internação, o que foi dito não vale, porque não será hipótese de cabimento de internação-sanção, mas de restabelecimento da internação. A internação-sanção pressupõe uma medida mais branda, menos severa, que é descumprida, não se falando em internação-sanção quando o adolescente já estava na internação.

III) A assertiva III está INCORRETA, com base em entendimento da 3ª Seção do STJ:

HABEAS CORPUS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO JURÍDICA POSTA. AFETAÇÃO DO WRIT À TERCEIRA SESSÃO. FINALIDADE DE ESTABELECEER DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA CASOS FUTUROS SEMELHANTES. MISSÃO DO STJ COMO CORTE DE PRECEDENTES. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EFEITOS DA APELAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. TERMINOLOGIA INCOMPATÍVEL COM O PROCEDIMENTO POR ATO INFRACIONAL. CONDICIONAMENTO DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA COM O TRANSITO EM JULGADO DA REPRESENTAÇÃO. OBSTÁCULO AO ESCOPO RESSOCIALIZADOR DA INTERVENÇÃO ESTATAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PRECOCE NA VIDA DO ADOLESCENTE (PARÁGRAFO ÚNICO, INC. VI, DO ART. 100 DO ECA). RECEBIMENTO DO APELO NO EFEITO DEVOLUTIVO. APLICAÇÃO IMEDIATA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 215 DO ECA. ORDEM DENEGADA.1. Espera-se de uma Corte de Vértice, qual o Superior Tribunal de Justiça, o fiel desempenho de sua função precípua de conferir unidade à interpretação da legislação federal, valendo-se dos variados métodos de interpretação colocados à disposição do aplicador do Direito. Daí a importância de se submeterem questões jurídicas de alto relevo, debatidas em órgãos



fracionários desta Corte, ao crivo do órgão colegiado mais qualificado - in casu, a Terceira Seção - de modo a ensejar a eliminação de possíveis incongruências na jurisprudência das turmas que integram a Seção, fomentando, a seu turno, a produção de precedentes que estabeleçam diretrizes interpretativas para casos futuros semelhantes. 2. Invocam-se os artigos 198 do ECA e 520 do CPC para se concluir pela possibilidade de conferir efeito meramente devolutivo à sentença que impõe medida socioeducativa em confirmação ao que se denomina "antecipação dos efeitos da tutela", i.e., a anterior internação provisória do adolescente no processo por ato infracional. 3. Em que pese ser expressão que vem sendo utilizada, em julgados mais recentes desta Corte, ela não se coaduna com a natureza de um processo por ato infracional no qual, antes da sentença, permite-se ao juiz determinar a internação do adolescente pelo prazo máximo, improrrogável, de 45 dias (art. 108 c/c o art. 183, ambos do ECA), levando-se em consideração os "indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida." 4. Como bem pontuado no acórdão impugnado pelo writ, **"as medidas socioeducativas têm por escopo primordial a ressocialização do adolescente, possuindo um intuito pedagógico e de proteção aos direitos dos jovens", de modo que postergar o início de cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença que encerra o processo por ato infracional importa em "perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional". Incide, à espécie, o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente, positivado no parágrafo único, inc. VI, do art. 100 do ECA.** 5. Outrossim, a despeito de haver a Lei 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos - e inobstante a nova redação conferida ao caput do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 - é importante ressaltar que continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA, o qual prevê que **"o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista.** 6. **Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação - apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença - constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional.** 7. Na espécie, a decisão impugnada no writ enfatizou a gravidade concreta da conduta do paciente - praticou ato infracional equivalente ao crime de roubo duplamente circunstanciado e outro ato infracional equivalente ao porte ilegal de arma de fogo - e destacou as condições de vida muito favoráveis ao paciente e as facilidades e os desvios de sua educação familiar, como fatores que tornariam também recomendável sua internação. Tudo em conformidade com o que preceitua o art. 122, inc. I, da Lei n.º 8.069/90. 8. Ordem denegada. (HC 346.380/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 13/05/2016)



Logo, com base no entendimento mais recente proferido pelo STJ, é possível que o adolescente infrator inicie o imediato cumprimento da medida socioeducativa de internação que lhe foi imposta na sentença, mesmo que tenha interposto recurso de apelação e esteja aguardando o seu julgamento. Esse imediato cumprimento da medida é cabível ainda que durante todo o processo não tenha sido imposta internação provisória ao adolescente, ou seja, mesmo que ele tenha permanecido em liberdade durante a tramitação da ação socioeducativa.

APROFUNDAMENTO: O julgado acima colacionado deve ser criticado em provas de Defensoria Pública, sobretudo em fases discursivas e orais. Isto porque a apelação interposta pela defesa, no procedimento socioeducativo, deve ter efeito suspensivo e impedir a execução automática da medida socioeducativa. Alguns fundamentos podem ser mencionados:

1- Revogação do art. 198, inciso VI, ECA: o dispositivo previa que a apelação só seria recebida no efeito devolutivo, porém foi revogado em 2010, o que significa que a apelação não só pode ter efeito suspensivo como, em regra, ela é recebida no duplo efeito, na forma do art. 1012, CPC/15. Lembrando que o CPC é aplicado subsidiariamente ao sistema recursal do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 198, *caput*, ECA), já o CPP possui aplicação subsidiária no que se refere ao processo de conhecimento (representação, provas, sentença).

2- Presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF/88);

3- Caráter excepcional das medidas cautelares: não se pode admitir uma relação automática de sentença-internação;

5- Princípio da legalidade (art. 35, inciso I, Lei nº 12.594/2012): impossibilidade de conferir ao adolescente tratamento mais gravoso que ao adulto, para quem é dada a oportunidade de apelar em liberdade;

6- Aplicação do art. 387, § 1º, CPP - custódia cautelar não automática, mas devidamente fundamentada na sentença: no direito penal dos imputáveis, só é possível que um réu permaneça preso, após a prolação da sentença e antes do julgamento da apelação, se houver motivo para a manutenção/imposição da prisão cautelar, o que deve ser decidido pelo juiz de maneira fundamentada. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao procedimento do ECA, sendo necessário que se prove a necessidade da custódia antecipada/cautelar;

7 – Argumentação completamente dissociada da prática: os fundamentos do STJ para o cumprimento imediato da reprimenda são, em tese, muito atraentes. Entretanto, a prática é totalmente divorciada da teoria, e as unidades de internação de adolescentes não



promovem, de maneira nenhuma, a sua ressocialização. Percebe-se que há utilização deturpada do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 100, inciso IV, ECA), sendo usado, na realidade, em seu desfavor. Se a legislação indica a impossibilidade da execução automática da sentença que aplica medida socioeducativa de internação, não pode o julgador, justificando que seria “no melhor interesse do adolescente”, afastar os dispositivos pertinentes e indicar que o “melhor” seria a sua execução imediata.

DICA: Em provas objetivas, deve-se seguir a determinação do enunciado, e se é pedido para assinalar a resposta correta com base em entendimentos dos Tribunais Superiores, mesmo que contrários ao posicionamento institucional, esse comando deve ser seguido, como no caso da questão ora apresentada.

IV) A assertiva IV está INCORRETA, conforme entendimento da 6ª Turma do STJ, exarado em HC impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo³³, a seguir:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO FURTO E AMEAÇA. AUSÊNCIA DE VAGA EM UNIDADE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DO MENOR. RELATIVIZAÇÃO DO ART. 49, II DO SINASE. POSSIBILIDADE. ANÁLISE CASO A CASO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. **A regra prevista no art. 49, II do SINASE deve ser aplicada de acordo com o caso concreto, observando-se as situações específicas do adolescente, do ato infracional praticado, bem como do relatório técnico e/ou plano individual de atendimento.** Precedente. 2. A gravidade do ato infracional equiparado ao crime de ameaça não se subsume à grave ameaça exigida para a aplicação da medida de internação. Precedentes. 3. O caso em análise também não se enquadra na hipótese de reiteração de infrações graves, porquanto para sua configuração exige-se, no mínimo, duas condenações definitivas anteriores. Precedentes. 4. Inobstante a ausência de fundamentação para a aplicação da medida de internação, não se verifica adequada a colocação do menor em meio aberto, entendendo-se proporcional à gravidade da conduta e às necessidades do menor a aplicação de medida de semiliberdade. 5. Habeas corpus denegado, mas concedida a ordem de ofício para determinar que o paciente seja inserido em medida de semiliberdade. (HC 338.517/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016)

Em suma, entende o STJ que o simples fato de não haver vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade em unidade próxima da residência do adolescente infrator não impõe a sua inclusão em programa de meio aberto, devendo-se considerar o que foi verificado durante o processo de apuração da prática do ato infracional, bem como os relatórios técnicos profissionais. A regra prevista no art. 49, II, da Lei do SINASE deve ser aplicada de acordo com o caso concreto, observando-se as situações específicas do

³³ Tendo em vista tratar-se de HC impetrado pela DP/SP, sugere-se a leitura completa do julgado, para maior compreensão do tema, disponível no link:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53293209&num_registro=201502570598&data=20160205&tipo=51&formato=PDF



adolescente, do ato infracional praticado, bem como do relatório técnico e/ou plano individual de atendimento³⁴.

APROFUNDAMENTO: A Lei nº 12.594/12, em seu art. 49, inciso II, prevê como um direito individual do adolescente que cumpre medida socioeducativa, “ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência”.

Assim, de acordo com a Lei do SINASE, se o adolescente foi sentenciado ao cumprimento de medida socioeducativa de privação da liberdade, mas não há vaga, a regra é a sua inclusão em medida de meio aberto. A exceção, prevista em lei, a ensejar internação em unidade mais próxima do local da residência do adolescente, seria somente para os casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

Conforme ementa do julgado acima transcrita, vê-se que o STJ entende possível a relativização de direito individual expressamente garantido pela legislação, de acordo com o caso concreto, o que é passível de críticas, pois acaba por gerar indesejável e excessiva margem de discricionariedade ao julgador, em detrimento de direito assegurado em lei.

80. Com base nas disposições da Lei nº 12.594/12, conhecida como Lei do SINASE, que regula o processo de execução das medidas socioeducativas, assinale a assertiva correta:

(A) Rafael, adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de internação, é sentenciado a nova medida de internação, por ato infracional praticado anteriormente ao início da execução da primeira internação, que vinha cumprindo regularmente. Nesse caso, o juiz deverá somar as duas medidas de internação, para determinar o prazo total a cumprir.

(B) Pedro, adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de internação, é transferido para a medida de semiliberdade. Após, é sentenciado à nova medida de internação, por ato infracional praticado anteriormente ao início da primeira execução, que vinha cumprindo regularmente. Nesse caso, o juiz deverá unificar as duas medidas e estipular o cumprimento da execução na medida de internação, por ser a mais grave.

³⁴ Comentários retirados do site “Buscador Dizer o Direito”: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Relativização da regra prevista no art. 49, II, do SINASE. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b2dd140336c9df867c087a29b2e66034>>. Acesso em: 28/02/2020



(C) Paula, adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida, é sentenciada à medida de prestação de serviços à comunidade, por ato infracional praticado anteriormente ao início da execução da prestação de serviços à comunidade, que vinha cumprindo regularmente. Nesse caso, o juiz deverá unificar as duas medidas, com o cumprimento de forma simultânea.

(D) Bruna, adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, é sentenciada à medida de internação, por ato infracional praticado após o início da execução da semiliberdade, que vinha cumprindo. Nesse caso, o juiz deverá unificar as duas medidas e estipular o cumprimento da execução na medida de internação, por ser a mais grave, respeitado o prazo máximo inicial de 3 anos, isto é, sem reinício da contagem do prazo.

(E) Luiza, adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, é sentenciada à medida de internação, por ato infracional praticado após o início da execução da semiliberdade, que vinha cumprindo. Nesse caso, o juiz deverá unificar as duas medidas e estipular o cumprimento da execução na medida de semiliberdade, por ser a mais branda.

Gabarito: Letra C

COMENTÁRIOS:

A presente questão trata sobre a importante temática da unificação das medidas socioeducativas, com regramento próprio previsto na Lei nº 12.594/12 (Lei do SINASE). Conforme lecionam Zapata, Frasseto e Gomes³⁵:

A Lei n. 12.594/2012 trouxe importante disposição a respeito da unificação das medidas socioeducativas. Até então, havia confusão entre os diversos processos de execução que um mesmo adolescente poderia possuir. Também era bastante comum que, enquanto cumprida uma medida socioeducativa mais gravosa, os demais procedimentos, relacionados a medidas impostas a partir de outros atos infracionais praticados pelo mesmo adolescente, permanecessem com suas medidas suspensas, podendo, a qualquer momento, serem revitalizadas ao término daquela que se encontra em curso. Isso fazia com que o adolescente, muitas vezes com sugestão de extinção da medida em curso, retomasse processo de execução anterior referente a outra medida, desconsiderado seu progresso na medida atualmente em execução. Hoje, prevê-se ser esse procedimento vedado (art. 45, § 1º, primeira parte).

35 Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 234.



A nova lógica trazida pelo art. 45 da Lei nº 12.594/12 leva em consideração que a intervenção psíquico-social do Estado na vida do adolescente (efetivada com o apoio dos psicólogos e assistentes sociais) é uma só, é única. Dessa maneira, se a medida socioeducativa está sendo cumprida com a observância dos objetivos do Plano Individual de Atendimento (PIA), independentemente da cronologia do processo no qual foi aplicada, e se o adolescente já está apto a ser transferido para medida mais branda ou até para a extinção da medida, é inócua que seja mantido internado ou em medida mais gravosa, por um processo antigo, relativo a ato infracional praticado antes do início do cumprimento da medida e antes de passar pela equipe interdisciplinar.

Em se concebendo que a medida socioeducativa possui duplo viés, retributivo e pedagógico (como indica a Lei do SINASE, no art. 1º, §2º, ao elencar os objetivos das medidas socioeducativas), não se pode compreender a execução enquanto puramente retribuição, se já se declarou, em outro momento, que o adolescente não precisa mais ficar em cumprimento de medida mais grave.

Por esses motivos, a lei do SINASE sistematizou, no art. 45, o procedimento para a unificação das medidas socioeducativas. Vejamos:

Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.

§ 1º É vedado à autoridade judiciária determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa, ou deixar de considerar os prazos máximos, e de liberação compulsória previstos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução.

§ 2º É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados **anteriormente**, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos **absorvidos** por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

Para a compreensão do tema, primeiramente, é preciso traçar uma divisão entre os atos infracionais praticados antes do início da execução da medida socioeducativa em curso e depois do início da execução em curso, isto é, atos infracionais anteriores e posteriores ao início da execução.

Sendo assim, de acordo com o §2º do art.45, se o adolescente foi transferido para o cumprimento de medida menos gravosa ou se já terminou de cumprir aquela medida socioeducativa, não poderá ser sentenciado a medida mais gravosa em processo anterior (leia-se: por ato infracional praticado antes do início da execução da medida socioeducativa em curso). Tudo o que ficou para trás desse processo, em função do qual



ele cumpre medida menos gravosa ou teve a medida extinta, será desconsiderado, ou seja, os fatos praticados antes do início da execução serão absorvidos pelo processo em curso.

Já o § 1º do art. 45 cuida do prazo do processo de execução das medidas socioeducativas em caso de unificação, e, em regra, veda o reinício da contagem do prazo, SALVO se houver fato novo, praticado APÓS O INÍCIO DA EXECUÇÃO EM CURSO.

Exemplificando para maior clareza: Se um adolescente vinha cumprindo medida de internação e foi transferido para a semiliberdade, e, após, é sentenciado a nova medida de internação, por ato infracional anterior ao início da execução da medida em curso, não haverá o retorno para a internação. Nessa hipótese, de acordo com o § 2º do art. 45, em se tratando de nova medida por ato infracional ANTERIOR ao início da execução, por mais que tenha sido sentenciado a nova medida de internação, medida mais gravosa do que a que vinha cumprido, ele se manterá no cumprimento da medida de semiliberdade, com a unificação da nova internação. Essa nova medida não surtirá efeitos práticos para o adolescente, pois será absorvida pela medida que já vinha cumprido, não havendo interrupção e reinício do prazo (regra do art. 45, §1º, primeira parte), em razão do aspecto pedagógico das medidas socioeducativas, que convive com o punitivo.

Outra hipótese exemplificativa: Se o adolescente cumpre medida de internação e é sentenciado a nova medida de internação, por novo ato infracional praticado APÓS o início da execução da primeira internação, com base na parte final do §1º do art. 45, o juiz irá unificar as medidas, determinando o cumprimento de uma única internação, mas haverá a interrupção do prazo, com o seu reinício. A diferença existe, pois a lei presume que o adolescente que praticou novo ato infracional, no curso de execução de medida socioeducativa anterior, não está interiorizando e cumprindo os objetivos e metas do PIA, não está respondendo de forma favorável ao aspecto pedagógico da medida imposta. Ademais, como a medida socioeducativa possui, declaradamente, aspecto punitivo, acaba configurando forma de penalizar mais acentuadamente o adolescente, tendo em vista o caráter de maior reprovabilidade da conduta. Assim, no exemplo dado, com o reinício da contagem do prazo, se o adolescente já havia cumprido, por exemplo, 02 anos no primeiro processo de execução, poderá cumprir mais 03 anos, em razão da nova medida de internação aplicada, por fato posterior ao início da primeira execução. Lembrando que o prazo máximo para o cumprimento da medida socioeducativa de internação é de 03 anos (§ 3º, art. 121, ECA) ou a liberação compulsória do adolescente caso complete 21 anos (§ 5º, art. 121, ECA), o que ocorrer primeiro.

É de se perceber, pelo exemplo supracitado e nos termos preconizados pela Lei do SINASE, que a execução das medidas socioeducativas possui sistemática diferente da execução penal, para os adultos, em que são somadas as penas de cada condenação



(por exemplo, se o sujeito recebeu três condenações, cada uma de 5 anos, serão somadas todas as penas, totalizando 15 anos). Na execução das medidas socioeducativas existe apenas a “unificação”, não se falando em “soma” das medidas aplicadas ao adolescente, com cumprimento sucessivo. E haverá a interrupção ou não do prazo, a depender se é hipótese de nova medida por ato infracional posterior ou anterior ao início da execução da medida em curso.

O máximo que poderá ocorrer, a depender do caso, é a unificação das medidas socioeducativas, com o cumprimento simultâneo, se compatíveis entre si, ou então haverá a absorção, na hipótese de programas de execução que sejam mais ou menos abrangentes em relação ao outro (art. 45, *caput*). Dessa forma, em se tratando de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade, é possível o cumprimento simultâneo, por se tratarem de programas complementares, o que não ocorre em relação à semiliberdade ou à internação, em que o programa mais abrangente engloba (e deve absorver) o de meio aberto³⁶.

Com relação às particularidades da execução das medidas socioeducativas, se comparada à execução penal, seguem os comentários do professor Giancarlo Vay³⁷, *in verbis*:

Importante retomarmos que a execução de medida socioeducativa não se submete à progressão e regressão própria dos adultos. Aqui a lógica é outra. Enquanto o sistema de execução de pena dos adultos diz respeito a cumprimento de lapsos temporais e de bom comportamento carcerário, a execução de medida socioeducativa parte da noção de cumprimento de objetivos previstos no Plano Individual de Atendimento (PIA), não havendo prazo mínimo para extinção ou substituição da medida. Alcançados os objetivos do PIA, compete ao magistrado extinguir a execução da MSE pela realização da sua finalidade (art. 46, II, do SINASE). Acaso não foram cumpridas todas as metas, porém se observe que há a possibilidade de continuar a desenvolvê-las em meio menos gravoso, deverá o magistrado substituir a medida por uma em meio aberto, ou pela semiliberdade no caso da medida original (fixada em sentença) ser a de internação. Os art. 43 do SINASE, quando trata da substituição da medida, deve ser lido em conjunto com o art. 1º, bem como deve se prestar atenção no § 4º do próprio art. 43. Isso porque a substituição pode se dar para medida mais branda ou mais gravosa, mas nunca para medida mais gravosa do que aquela fixada em sentença (art. 1º, § 2º, III, da lei do SINASE). Exemplifica-se: Acaso um adolescente tenha sido condenado à semiliberdade, acaso cumpridos os objetivos do PIA, deverá a medida ser extinta. Todavia, se ainda não cumpridos todos os objetivos, mas em razão da evolução do adolescente se vislumbrar a desnecessidade da medida em meio fechado, poderá a medida ser substituída pela de liberdade assistida, por exemplo. Acaso, em liberdade assistida, o adolescente denote “inadaptação ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual” (art. 43, §1º, II) ou “necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente” (art. 43, §1º, III), o magistrado está autorizado a substituir a medida novamente pela de

36 Comentários retirados da 1ª Rodada do Curso CEI para a prova discursiva do VIII concurso da DP/SP.

37 Comentários retirados da 1ª Rodada do Curso CEI para a prova discursiva do VIII concurso da DP/SP.



semiliberdade, mas nunca pela de internação, eis que o limite de atuação do juízo da execução deverá ser aquela fixada em sentença (art. 1º, § 2º, III, da lei do SINASE).

Importante verificar, ainda, que o STJ possui entendimento no sentido ora exposto, conforme julgado cuja transcrição da ementa oficial é colacionada a seguir:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência do impetrante contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. UNIFICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 45, § 2.º, DA LEI N.º 12.594/2012 (LEI DO SINASE). ATO INFRACIONAL PRATICADO ANTES DO INÍCIO DE EXECUÇÃO DE MEDIDA ANTERIORMENTE IMPOSTA. ABSORÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O termo "anteriormente" contido no § 2.º do art. 45 da Lei n.º 12.594/2012 refere-se ao início da execução, não à data da prática do ato infracional que originou a medida extrema primeiramente imposta. 2. O retorno do adolescente à internação após demonstrar que está em recuperação - apresentou méritos para progredir para medida em meio aberto - significaria um retrocesso em seu processo de ressocialização. 3. Deve-se ter em mente que, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação ao menor em conflito com a lei não existe pretensão punitiva, mas educativa, considerando-se a "condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (art. 6.º da Lei n.º 8.069/90), sujeitos à proteção integral (art. 1.º do ECA). 4. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar que a unificação das medidas aplicadas nos Procedimentos n.º 0033801-58.2009.8.19.0042 e n.º 0175907-64.2012.8.19.0001, seja realizada nos termos do art. 45, § 2.º, da Lei n.º 12.594/2012. (HC 274.565/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015).**

Para finalizar as explicações gerais sobre o tema, segue mais uma passagem retirada das lições de Zapata, Frasseto e Gomes³⁸:

Com a previsão trazida pelo art. 45, de que, aplicada nova medida, no curso de outra, deve-se proceder à unificação das mesmas, ouvidos o Ministério Público e a defesa do adolescente, nova rotina teve de ser construída. Para melhor compreensão do candidato, exemplifica-se: caso um adolescente esteja em cumprimento de medida de semiliberdade e, no curso dessa medida, sobrevier sentença impondo medida de liberdade assistida, o juiz deverá promover sua unificação, oportunidade em que, comumente, mantém-se o adolescente no cumprimento da medida em curso, revogando-se as demais, subsistindo somente aquela que ora está sendo executada.

Contudo, se praticado ato infracional durante o cumprimento de uma medida socioeducativa, haverá também a devida unificação, mas é importante distinguir que, neste

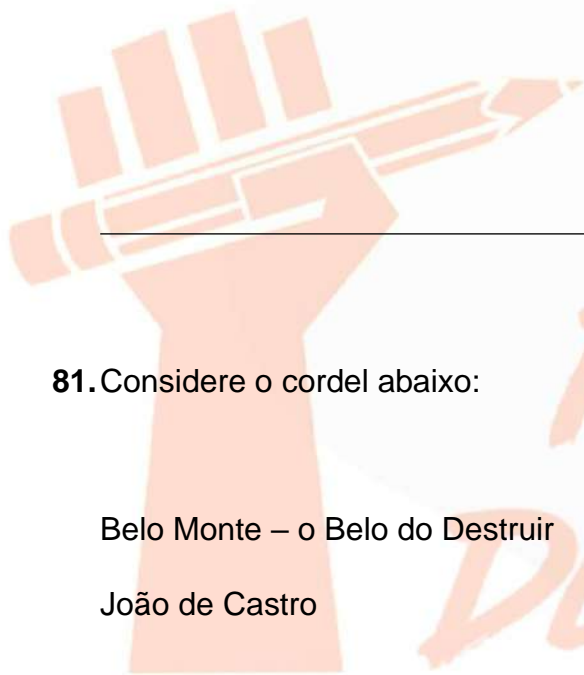
38 Idem – p. 234/235.



caso, interromper-se-á o cálculo de prazo máximo de cumprimento da medida. Dessa forma, é possível que um adolescente cumpra a mesma medida socioeducativa por mais de três anos, desde que, no curso desta, haja a prática de novo ato infracional, com imposição de medida de mesma natureza, reiniciando-se o prazo máximo de seu cumprimento, respeitada a idade limite de 21 anos.

Com isso, passa-se a breve análise de cada uma das assertivas da questão:

- a) INCORRETA. Nos termos do art. 45, *caput* e § 2º, Lei nº 12.594/12, em se tratando de nova medida de internação por ato infracional praticado anteriormente ao início da execução da primeira internação, o juiz deverá fazer a unificação em um único processo de execução, não havendo que se falar em soma. E, com base no art. 45, §1º, primeira parte, não haverá interrupção do prazo de cumprimento da medida;
- b) INCORRETA. Ainda conforme o art. 45, § 2º, em se tratando de nova medida de internação por ato infracional praticado antes do início da execução em curso, e já tendo sido o adolescente transferido para o cumprimento da medida de semiliberdade nesse processo, a unificação ocorrerá na medida socioeducativa de semiliberdade, mesmo em sendo mais branda. No caso, o juiz deverá fazer a unificação das medidas, e estipular a continuação do cumprimento da execução na medida de semiliberdade;
- c) CORRETA. A assertiva está correta ao indicar que deverá ocorrer a unificação das medidas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida, na forma do art. 45, *caput*, com o cumprimento de forma simultânea, uma vez que o cumprimento de uma não é prejudicial ao da outra. Acaso adviesse medida em meio fechado, restritiva ou privativa da liberdade, como a de semiliberdade, por exemplo, iria ocorrer a unificação das medidas, com a absorção da medida de prestação de serviços à comunidade, em meio aberto, pela de semiliberdade, pois o programa em meio fechado é prejudicial ao cumprimento da medida em meio aberto;
- d) INCORRETA. Com base no art. 45, § 1º, parte final, e § 2º, em havendo a imposição de nova medida por ato infracional praticado após o início da execução em curso, deverá haver a unificação das medidas, levando em consideração a mais gravosa e abrangente, e interrupção do prazo. No caso da questão, o juiz irá unificar as medidas, estipulando o cumprimento da execução na medida de internação, mais grave, com o reinício da contagem do prazo, observado o máximo de 03 anos ou a liberação compulsória caso o adolescente complete 21 anos (§§ 3º e 5º, art. 121, ECA);
- e) INCORRETA. Conforme já indicado na explicação da assertiva anterior, no caso apresentado, o juiz deverá unificar as medidas e estipular o cumprimento da execução na medida de internação, mais grave, tendo em vista que se trata de nova medida, por ato infracional praticado após o início da execução em curso (interpretação a contrário senso do art. 45, § 2º).



CURSO

POPULAR

DEFENSORIA

Direitos Humanos

81. Considere o cordel abaixo:

Belo Monte – o Belo do Destruir

João de Castro

25 de junho de 2010*.

Presidente autoritário

Altamira visitou:

«Belo Monte! Eu construo!»...

Ironizou, insuflou...



Sorrindo de todo mundo

Em bom tom «Ele» zombou...

E zombou principalmente

Para os que diziam não.

– «É meia dúzia de jovens
que não merecem atenção!»...

Mas esquece o Presidente
que é um Movimento, uma Ação.

Ministros incompetentes**,
diz o presidente amém.

O Ibama de nada sabe

Nem o que é que o Xingu tem

Proclamaram o «holocausto»

A Lei vai... mas a Lei vem...

(...)

Democracia, Presidente,

Não impor, empurrar

De goela abaixo um Projeto

Que mil vidas vai custar.

CURSO
POPULAR
DEFENSORIA



E por se tratar de vidas,

Precisa tudo pensar.

Empurram de goela abaixo

Infelizmente é assim

O povo dizendo não!...

Governo dizendo sim!...

Meu Deus! Tem vidas humanas

E a coisa fica assim?!

A partir do cordel, é INCORRETO afirmar:

- a) O cordel denuncia os impactos socioambientais da construção da usina de Belo Monte em Altamira.
- b) Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado Brasileiro violou o direito a consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas durante a construção da usina de Belo Monte.
- c) A Justiça Global, Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SDDH) e a AIDA petionárias do caso Usina Belo Monte vs. Brasil já apresentaram alegações finais perante a CIDH e aguardam o relatório de mérito.
- d) Segundo os Princípios Ruggie, os Estados devem proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas.
- e) A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui jurisprudência consolidada sobre o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos proteger a propriedade coletiva dos povos indígenas devido a relação intrínseca entre a terra e sua cultura.



GABARITO - B

A) CORRETA: a usina de Belo Monte implicou em uma série de violações ao meio ambiente e aos direitos das comunidades ribeirinhas e indígenas que viviam ao entorno da obra. Entre as violações destacam-se o deslocamento forçado de populações indígenas e ribeirinhas, a mortandade de peixes, as precárias condições de reassentamento das populações, bem como o impacto ambiental no ecossistema. Para saber mais: <http://portal.sbpcnet.org.br/livro/belomonte.pdf> e <https://www.socioambiental.org/pt-br/dossie-belo-monte>

B) INCORRETA: Em 11 de abril de 2011 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) outorgou uma medida cautelar a favor dos membros das comunidades indígenas do Rio Xingu, no Pará. A CIDH, nessa oportunidade, determinou expressamente a suspensão do processo de licenciamento da construção da Usina de Belo Monte para que fosse realizada a consulta livre, prévia e informada das comunidades indígenas, culturalmente afetadas, bem como Estudo de Impacto Socioambiental acessível ao idioma indígena. Contudo, em 29 de julho de 2011, a Comissão reviu seu entendimento sobre as cautelares e considerou que analisar o direito a consulta livre, prévia e informada se tratava de uma discussão sobre o mérito do caso, o que transcenderia o âmbito do procedimento de medidas cautelares. Acesso em: <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>

Importante lembrar que a competência da CIDH para outorgar medidas cautelares deriva do artigo 25 do seu Regulamento, o qual restringe a concessão a situações de gravidade e urgência para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente. Nesse sentido, a CIDH não determina que houve violação de determinados direitos nesses casos, mas sim se há um risco de violação de direitos convencionais e uma urgência em protegê-los. Ver: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>

C) CORRETA: Após concessão da medida cautelar, foi apresentada pela Justiça Global, SDDH e AINDA um caso contencioso perante a CIDH alegando violações de direitos da população do Xingu em decorrência da falta de participação, consulta e consentimento prévio, livre e informado, a ausência de estudos de impacto ambiental adequados, os direitos a vida e saúde. Em 2015, a CIDH reuniu as etapas de admissibilidade e mérito, sendo que em maio de 2018 as organizações apresentaram as alegações finais no âmbito do procedimento do Regulamento da CIDH. Para acompanhamento do andamento do caso, ver ficha produzida pela AIDA: https://aida-americas.org/sites/default/files/resources_files/Belo%20Monte%20Case%20Document_PORT%202018-08.pdf



D) CORRETA: Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Ruggie) foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2011 com objetivo de aperfeiçoar as práticas empresariais mitigando e reparando violações de direitos. O documento não vinculante está pautado em três principais pilares: a) a obrigação dos Estados em proteger direitos humanos; b) a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e c) a necessidade de reparação por meio de recursos efetivos em caso de violação de direitos pelas empresas. A alternativa está correta, pois refere-se ao Princípio 1 do documento “Os Estados devem proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas. Para tanto, devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça”.

E) CORRETA: Em diferentes casos, a Corte IDH considerou a relação especial dos povos indígenas com suas terras tradicionais (Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vx. Paraguai, Mérito Reparações e Custas, Série C, n. 126, 2005 e Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 214, 2010). Devido a essa relação cultural com a terra, a Corte entendeu no caso Saramaka vs Suriname (Caso do Povo Saramaka vs. Suriname. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 172, 2007) que as restrições ao direito da propriedade de povos indígenas apresentam requisitos mais estritos para o Estado, como a necessidade de realização de uma consulta, prévia, livre e informada. Um dos mais importantes reconhecimentos na temática de direitos indígenas foi a interpretação expansiva do direito à propriedade no âmbito do sistema interamericano para incorporar o conceito indígena de propriedade, como um direito coletivo e não apenas individual.

Veja trecho do caso do Povo Indígena Xucuru vs. Brasi:

“115. A Corte recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. 106 Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição.107 Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia



afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros. 108 116. A jurisprudência desta Corte reconheceu reiteradamente o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais e o dever de proteção que emana do artigo 21 da Convenção Americana, à luz das normas da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como os direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais, constituindo, desse modo, um corpus juris que define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena. 109 Portanto, ao analisar o conteúdo e alcance do artigo 21 da Convenção no presente caso, a Corte levará em conta, à luz das regras gerais de interpretação estabelecidas em seu artigo 29.b, e como fez anteriormente, 110 a referida inter-relação especial da propriedade coletiva das terras para os povos indígenas, bem como as alegadas gestões que o Estado realizou para tornar plenamente efetivos esses direitos” (Caso do Povo Indígena Xucuru vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, n. 346, 2018).

82. “O Brasil foi pioneiro na proposição de um novo mecanismo de exame da situação de direitos humanos na ONU e, na condição de membro da primeira composição do recém-criado Conselho acatou ser submetido a exame já na primeira sessão. A “troika” indicada foi composta por Gabão, Arábia Saudita e Suíça (...). (RAMOS. André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 3ed., 2016, p.303)

O excerto acima está relacionado 1. a qual mecanismo de monitoramento dos direitos humanos e 2. qual a sua principal crítica?

- a) 1. Sistema de Relatórios; 2. caráter exclusivamente político
- b) 1. Revisão Periódica Universal; 2. sigilo
- c) 1. Sistema de Relatórios; 2. sigilo
- d) 1. Revisão Periódica Universal; 2. voluntarismo dos Estado
- e) 1. Relatores Especiais; 2. sigilo

GABARITO - D



O excerto descrito refere-se ao mecanismo de supervisão denominado Revisão Periódica Universal (RPU). Criado juntamente com o Conselho de Direitos Humanos em 2006, este pode ser denominado um mecanismo político, pois tem na sua essência o monitoramento a partir da análise da situação de um Estado por parte dos demais Estados partes da ONU (revisão pelos pares). Após a apresentação de um relatório nacional oficial por parte do Estado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre a situação dos direitos humanos em sua jurisdição, essas informações serão analisadas em conjunto com relatórios de organizações da sociedade civil (shadow reports), bem como compilação de informações sobre o Estado advindas de outros órgãos de direitos humanos.

Após esse exame é realizado um diálogo construtivo entre o Estado sob revisão e os demais Estados- membros da ONU, sendo ao final nomeada uma troika (três estados) para redigir um documento final com as recomendações. Esse processo de diálogo, bem como o relatório são públicos e utilizados pela sociedade civil para exigir do Estado o cumprimento das obrigações. Contudo, uma das principais críticas feitas por autores como André de Carvalho Ramos é o fato das conclusões não serem vinculantes e dependerem do voluntarismo de cada um dos Estados. (RAMOS. André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 3ed., 2016, p.303 -305).

Por outro lado, o Sistema de Relatórios são procedimentos especiais de análise da situação de direitos humanos realizados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Estes podem ser confidenciais (Resol. N 1503/1970 do Conselho Econômico e Social) ou públicos (Resol. 1235/1967 do Conselho Econômico e Social). É comum no âmbito desse procedimento a existência de Relatores Especiais ou Grupos de Trabalho para analisar a situação dos direitos humanos em temáticas específicas como moradia adequada, direitos humanos e empresas, tortura, entre outros.

83. Sobre os direitos das mulheres, considere as assertivas abaixo:

- I. O caso Campo Algodonero vs. México é visto de forma simbólica como primeiro caso em que a Corte examinou uma situação estrutural de violência contra mulher e deu visibilidade para os feminicídios e sua impunidade na região.
- II. A Corte Interamericana de Direitos Humanos rechaça a tese de que o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará implica em um dever devida diligência reforçado de investigar e eventualmente punir a violência contra a mulher.
- III. A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher prevê que os Estados devem implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis.



IV. A primeira responsabilização do Brasil do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher se deu no âmbito da discussão sobre violência doméstica praticada por particulares.

É correto o que se afirma APENAS em:

- a) I e II
- b) I, II e III
- c) I e III
- d) I e IV
- e) I, II e IV

GABARITO - C

I. CORRETO: No caso Campo Algodonero a Corte IDH considerou que os homicídios de González, Ramos e Herrera ocorreram por razão de gênero (CtIDH, 2009, par. 143,231), também conhecido como feminicídio, inseridos em um contexto amplamente conhecido de violência contra a mulher na cidade de Juárez. Mais do que isso, a decisão é um marco na responsabilização de particulares por atos de violência de gênero, pelo não cumprimento indireto do dever de garantia dos direitos convencionais, a partir da aplicação da doutrina do risco previsível e evitável.

II. INCORRETO: a Corte IDH entende que o artigo 7o da Convenção Belém do Pará estabelece um dever de devida diligência reforçado, o que atribui uma carga maior aos Estados de prevenir e investigar a violência contra a mulher. Veja trecho do caso Campo Algodonero: “De todo o anterior, observa-se que os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir a devida diligência em casos de violência contra as mulheres. Em particular, devem contar com um marco jurídico de proteção adequado, com uma aplicação efetiva do mesmo e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de uma maneira eficaz perante as denúncias. A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e por sua vez fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva aos casos de violência contra a mulher. Além disso, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos nos quais é evidente que determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência. Tudo isto deve levar em consideração que em casos de violência contra a mulher, os Estados têm, além das obrigações genéricas contidas na Convenção Americana, uma obrigação reforçada a partir da Convenção do Belém do Pará. A Corte passará agora a analisar as



medidas adotadas pelo Estado até a data dos fatos do presente caso para cumprir seu dever de prevenção”(Caso Caso Gonzalez e outras (“Campo Algodonero”) vs México. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 205, 2009, par. 258).

III. CORRETO: o art. 11.2.b da Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher expressamente prevê que “a fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-partes tomarão as medidas adequadas para: b) implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais”

IV. INCORRETO: Alyne Pimentel vs. Brasil foi primeiro caso decidido contra o Brasil no Comitê CEDAW. Este trata da mortalidade materna e da ausência de acesso as serviços públicos de saúde reprodutiva de forma não discriminatória. Alyne era uma mulher negra e pobre que teve o seu acesso à saúde reprodutiva limitado também por conta desses marcadores sociais. Mais informações ver ficha técnica do peticionário Center for Reproductive Rights: https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10%2024%2014_FINAL_0.pdf

84. “O MPF, interpretando corretamente a decisão no caso Gomes Lund, sustenta que a prática sistemática dos crimes de desaparecimento forçado, assassinato e tortura praticados por agentes públicos durante a ditadura de 1964-1985 com vistas à eliminação de opositores políticos são graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade e, segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, são imprescritíveis. Esta tese foi adotada recentemente pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, em parecer ofertado na ADPF 320, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), visando ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. (<https://www.conjur.com.br/2014-set-16/nao-anistia-crimes-humanidade-parte-ii>)

Com base no direito internacional dos direitos humanos e partir da assertiva acima assinale a alternativa correta:

- a) Nenhuma teoria autoriza a ADPF 320 a rever a decisão do STF da ADPF 153 que considerou constitucional a lei de anistia.
- b) A interpretação nacional dos direitos humanos realizada pelo STF na ADPF 153 é compatível com a teoria do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.



- c) A decisão do caso Gomes Lund vs. Brasil não exige para a configuração de um crime contra humanidade um ataque generalizado a população civil.
- d) A teoria do duplo controle, segundo a qual, qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelo controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional, afasta o conflito aparente entre as ADPF 153 e 320.
- e) O Brasil não reconheceu perante a Corte Interamericana sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog por agentes do Estado no DOI/CODI do II Exército, em 25 de outubro de 1975.

GABARITO - D

A) INCORRETA: A partir da teoria do duplo controle desenvolvida pelo Professor André de Carvalho Ramos na qual se fundamenta o parecer do Ministério Público Federal na ADPF 320, é possível o STF rever sua decisão anterior que considerou constitucional a lei da anistia. Isso decorre das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, exigindo a realização não apenas de um controle de constitucionalidade nacional, mas também de um controle de convencionalidade internacional. Segundo André de Carvalho Ramos “qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse duplo controle parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos”. (RAMOS. André de Carvalho. “Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional”. São Paulo: Saraiva, 2018).

B) INCORRETA: Em sua atividade jurisprudencial, a Corte Interamericana desenvolveu o conceito de controle de convencionalidade, como a obrigação dos Estados de compatibilizar as normativas e políticas internas não apenas com as disposições da Convenção Americana, mas especialmente com a interpretação atribuída pela Corte a esses direitos. O caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile sobre a lei de anistia chilena é paradigmático na definição de contornos do conceito, pois pela primeira vez restou estabelecido que o Poder Judiciário dos Estados deve ter em conta não apenas o tratado, mas incorporar a interpretação assentada pela Corte IDH, pois esta é a intérprete última da CADH. A jurisprudência da Corte sobre incompatibilidade das leis de anistia branca com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos já era consolidada no momento da decisão da ADPF 153. Deste modo, o STF deixou de realizar o controle a partir da interpretação internacionalista desenvolvida pela Corte.



C) INCORRETO: A Corte determinou em Gomes Lund e Vladimir Herzog que o crime contra humanidade pode ser determinado por três requisitos gerais: i) que o(os) ato(s) seja(m) cometidos como parte de um ataque “generalizado ou sistemático”, ii) contra uma população civil, iii) que o(os) autor(es) aja(m) “com conhecimento desse ataque”, ou seja, como parte de uma política ou plano de ação determinado e estabelecido pelo Estado.

D) CORRETA: Ver artigo do Professor André de Carvalho Ramos: https://www.academia.edu/34150001/Crimes_da_Ditadura_Militar_-_teoria_do_duplo_controle_2011_

E) INCORRETA: no caso Vladimir Herzog a Corte constatou que Brasil já reconheceu sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog por agentes do Estado no DOI/CODI do II Exército, em 25 de outubro de 1975. A controvérsia existente no caso é unicamente com respeito à possibilidade de indiciamento dos responsáveis e da aplicação da figura de crimes contra a humanidade em 1975, e figuras como a Lei de Anistia brasileira, a prescrição, o princípio de ne bis in idem e a coisa julgada.

85. Analise as assertivas sobre os procedimentos para análise das petições no Sistema Interamericano de Direitos Humanos:

I. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre violações de direitos humanos reconhecidos pelos tratados vinculados ao Sistema Interamericano ou a outro sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

II. O requisito de esgotamento dos recursos internos para admissibilidade das petições não pode ser afastado em nenhuma hipótese pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

III. A petição será analisada conforme sua ordem cronológica, exceto quando o decorrer do tempo privar a petição de sua utilidade, quando se tratar de criança, idosa ou pessoa em estado terminal

IV. É possível que uma petição seja analisada de forma “per saltum” quando a decisão puder promover mudanças legislativas ou de prática estatal e evitar o recebimento de múltiplas petições sobre o mesmo assunto.

Assinale as alternativas corretas:



- a) I e II
- b) I e III
- c) II, III, IV
- d) I, III, IV
- e) III e IV

GABARITO - E

A resposta a questão pode ser obtida pela leitura atenta do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Deve-se lembrar, em relação a alternativa I que a Comissão/Corte apenas pode responsabilizar os Estados por violações a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou outros tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, utilizando-se apenas para fins interpretativos e de diálogos das fontes (art. 29 da CADH) normas do sistema universal, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Para fins de explicação das alternativas, descrevemos os artigos pertinentes a questão:

Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.



2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Artigo 47

A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

- a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
- b. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
- c. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
- d. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2013

Artigo 23. Apresentação de petições

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do



Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

Artigo 28. Requisitos para a consideração de petições

As petições dirigidas à Comissão deverão conter as seguintes informações:

1. o nome da pessoa ou das pessoas denunciantes ou, no caso de o peticionário

ser uma entidade não governamental, seu representante ou seus representantes legais e o

Estado membro em que seja juridicamente reconhecida;

2. se o peticionário deseja que sua identidade seja mantida em sigilo frente ao

Estado e os motivos para isso;

3. o endereço de correio eletrônico para recebimento de correspondência da Comissão e, quando for o caso, número de telefone, fax e endereço;

4. um relato do fato ou da situação denunciada, com especificação de lugar e data das violações alegadas;

5. se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou da situação denunciada;

6. a indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou

omissão, pela violação de algum dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana

sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, embora sem referência específica

ao(s) artigo(s) supostamente violado(s);

7. o cumprimento do prazo previsto no artigo 32 deste Regulamento;

8. as providências tomadas para o esgotamento dos recursos da jurisdição interna



ou a impossibilidade de fazê-lo acontecer de acordo com o artigo 31 deste Regulamento;
e

9. a informação de que a denúncia foi submetida a outro procedimento

internacional de conciliação de acordo com o artigo 33 deste Regulamento.

Artigo 29. Tramitação inicial

1. A Comissão, atuando inicialmente por intermédio de sua Secretaria Executiva, receberá e processará em sua tramitação inicial as petições que lhe forem apresentadas. Cada petição será registrada e nela se fará constar a data de recebimento, solicitando-se o recibo do peticionário.

2. A petição será estudada por sua ordem de entrada; no entanto, a Comissão poderá antecipar a avaliação de uma petição com base em pressupostos como os seguintes: a. Quando o decorrer do tempo privar a petição de sua utilidade, em particular nas seguintes circunstâncias: i. A suposta vítima é um idoso ou uma criança; ii. A suposta vítima padece de doença terminal; iii. Alega-se que a suposta vítima pode ser objeto de aplicação da pena de morte; ou iv. O objeto da petição tem conexão com uma medida cautelar ou provisório vigente; b. Quando as supostas vítimas forem pessoas privadas de liberdade; c. Quando o Estado manifestar formalmente sua intenção de entrar em um processo de solução amistosa do caso; ou d. Quando ocorrer uma das seguintes circunstâncias: i. A decisão pode ter o efeito de remediar situações estruturais graves que tenham impacto no gozo dos direitos humanos; ou ii. A decisão pode promover mudanças legislativas ou de prática estatal e evitar o recebimento de múltiplas petições sobre o mesmo assunto.

3. Se a petição não reunir os requisitos exigidos neste Regulamento, a Comissão poderá solicitar ao peticionário ou a seu representante que os complete em conformidade com o artigo 26.2 deste Regulamento.

4. Se a petição expuser fatos distintos, referir-se a mais de uma pessoa ou a supostas violações sem conexão no tempo e no espaço, a Comissão poderá dividi-la e tramitá-la em autos separados, desde que cumpra todos os requisitos a que se refere o artigo 28 deste Regulamento.

5. Se duas ou mais petições versarem sobre fatos semelhantes, envolverem as mesmas pessoas ou revelarem o mesmo padrão de conduta, a Comissão poderá reuni-las e dar-lhes trâmite num só expediente. 6. Nos casos previstos nos parágrafos 4 e 5, a Comissão notificará por escrito os peticionários. 7. Em casos de gravidade ou urgência, a Secretaria Executiva notificará de imediato a Comissão.



86. A procuradora-geral da República, Raquel Dodge, enviou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), nesta segunda-feira (9), pedido de federalização da investigação dos processos relacionados às chacinas ocorridas em 1994 e 1995 na comunidade Nova Brasília, no Complexo do Alemão. Vinte e seis pessoas foram mortas e três mulheres torturadas e violadas sexualmente durante operações das polícias civil e militar do Rio de Janeiro. Ninguém foi responsabilizado pelos crimes. A medida é resultado de procedimento instaurado em 2017, no âmbito da PGR, com o objetivo de verificar se havia causas para suscitar o chamado Incidente de Deslocamento de Competência (IDC). De acordo com Raquel Dodge, os elementos colhidos durante a apuração demonstraram que estão presentes os requisitos que autorizam a federalização do caso. “Mais que isso, as evidências impõem o deslocamento da apuração para a atribuição e competência das autoridades e órgãos federais”, reforça a PGR na peça encaminhada ao presidente do STJ, João Otávio de Noronha (<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-envia-ao-stj-pedido-de-federalizacao-dos-processos-da-chacina-na-comunidade-nova-brasilia>)

Assinale a alternativa INCORRETA sobre o Incidente de Deslocamento de Competência:

- a) O IDC permite a federalização de casos de competência civil e criminal.
- b) A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou no caso Favela Nova Brasília que houvesse a federalização da demanda por meio do incidente de deslocamento de competência.
- c) O IDC apenas pode ser suscitado pelo Procurador Geral da República, excluindo a Defensoria Pública dos agentes legitimados.
- d) Segundo STJ, são requisitos do IDC: grave violação de direitos humanos; necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais e incapacidade de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades lidar com a demanda.
- e) O IDC foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de Emenda Constitucional.

GABARITO - B

- A) CORRETA: A previsão do art. 109, § 5º da Constituição Federal não limita a casos criminais o incidente de deslocamento de competência.
- B) INCORRETA: A Corte Interamericana no parágrafo 344 do caso contencioso determinou que o Ministério Público Federal, ou seja, a autoridade interna, avaliasse a



necessidade de federalização do caso, a partir da sentença do caso. Segue o trecho: “Sobre o pedido dos representantes para que se determinem expressamente os casos de violência policial como uma hipótese de deslocamento de competência da justiça estadual para a justiça federal, a Corte considera que a disposição do artigo 109, parágrafo quinto, da Constituição garante o uso do mecanismo de Incidente de Deslocamento de Competência em casos de graves violações de direitos humanos, o que inclui possíveis casos de violência policial. A Corte observa também o caráter excepcional dessa medida no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil, a federalização de casos depende de três pressupostos: i) a existência de grave violação de direitos humanos; ii) o risco de responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e iii) a incapacidade das autoridades locais de oferecer respostas efetivas. O referido STJ já decidiu que os homicídios dolosos praticados por agente funcional de qualquer órgão público podem ser considerados uma grave violação de direitos humanos e justificar o deslocamento de competência, hipótese que, inclusive, provocou o deslocamento de competência de um caso de violação de direitos humanos cometida por policiais militares (IDC Nº 3). Em virtude do exposto, com base nas conclusões estabelecidas na presente Sentença a respeito das violações dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, o Estado, por intermédio do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal, deve avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de solicitação de Incidente de Deslocamento de Competência”.

C) CORRETA: Conforme previsão do art. 109, § 5º da Constituição Federal, apenas o Procurador Geral da República é competente para suscitar o incidente de deslocamento de competência: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”

D) CORRETA: O STJ desenvolveu uma série de critérios para acolhimento do incidente de deslocamento de competência, conforme ementa do Incidente de Deslocamento de Competência n. 10, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, referente a Cachina do Cabula transcrita a seguir:

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. CHACINA DO CABULA. OPERAÇÃO POLICIAL CONDUZIDA EM SALVADOR/BA QUE RESULTOU NA MORTE DE 12 PESSOAS ENTRE 15 E 28 ANOS E EM 6 FERIDOS, EM FEV/2015. DENÚNCIA OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, ACUSANDO OS POLICIAIS ENVOLVIDOS NA OPERAÇÃO DO COMETIMENTO DO CRIME DESCRITO NO ART. 121, § 2o, I (SEGUNDA FIGURA – TORPE), III (ÚLTIMA FIGURA – PERIGO COMUM) E



IV (SEGUNDA FIGURA – EMBOSCADA), DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IDC SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONJUNTO COM APELAÇÃO DIRIGIDA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIA DE QUE OS ÓRGÃOS DO SISTEMA JUSTIÇA (ESTADUAL) CAREÇAM DE ISENÇÃO OU DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA DESEMPENHAR AS FUNÇÕES DE APURAÇÃO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO CASO. 1. O Incidente de Deslocamento de Competência foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu um § 5o no art. 109 da Constituição Federal, atribuindo a esta Corte a competência para o seu julgamento. Na esteira do comando constitucional, a Resolução STJ n. 6, de 16/02/2005, promoveu a inserção de tal incidente no rol dos feitos submetidos a este Tribunal Superior, sem contudo, à míngua de norma legal que regulamente devidamente a previsão constitucional, dispor sobre regras que orientem o modo como deve ele tramitar e ser processado.

2. A jurisprudência consagrou três pressupostos principais que devem ser atendidos simultaneamente para o acolhimento do Incidente de Deslocamento de Competência: (i) a constatação de grave violação efetiva e real de direitos humanos; (ii) a possibilidade de responsabilização internacional, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais; e (iii) a evidência de que os órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso com a devida isenção.

3. No julgamento dos IDCs n. 3/GO e 5/PE, a Terceira Seção desta Corte ressaltou que o deslocamento de competência efetuado no incidente constitucional, por se tratar de exceção à regra geral da competência absoluta, somente deve ser efetuado em situações excepcionalíssimas, mediante a demonstração de sua necessidade e imprescindibilidade “ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições - ou de uma ou outra delas - responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal” (IDC 5/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 01/09/2014). Desse raciocínio, revela-se o caráter de excepcionalidade da providência determinada no incidente.

4. In casu, o quadro descrito na inicial denota a existência de indícios de uma possível violação concreta de direitos humanos que pode, pelo menos em tese, vir a gerar responsabilização internacional do País, o que preencheria os dois primeiros requisitos para o acolhimento do incidente.

Isso porque há dúvidas sobre um possível excesso na conduta policial que levou à lamentável morte de 12 pessoas e à lesão de outras 6 no episódio conhecido como



“Chacina do Cabula”. Tais dúvidas decorrem tanto de testemunhos que afirmaram ter visto policiais atirando em pessoas vivas no chão, quanto de registros constantes em alguns laudos de exames cadavéricos, indicando a existência de ferimentos causados por disparos deflagrados de trás para frente - ou seja, com as vítimas de costas - e de cima para baixo (vítimas possivelmente ajoelhadas), além de nos braços e mãos, com características de posição de defesa.

5. À época do recebimento do IDC, existiam, também, sinais de que poderia não haver isenção/neutralidade de órgãos estaduais no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso. Tais sinais decorriam tanto da forma como vinha sendo apurado o caso pela autoridade policial e de manifestações de autoridades do Poder Executivo estadual sobre a forma como deve ser reprimido o crime, como também da atuação do Judiciário estadual de 1º grau que, a despeito da complexidade e quantidade de provas juntadas aos autos, sentenciou absolvendo sumariamente os policiais militares, mesmo sem ter a defesa apresentado resposta à acusação.

6. No entanto, após a devida instrução do incidente de deslocamento de competência, foi possível verificar que os percalços do processo penal em exame não chegaram a comprometer as funções de apuração, processamento e julgamento do caso (não se trata mais sequer de investigação policial; a questão já está judicializada).

Isso porque, mesmo que as investigações conduzidas pela autoridade policial civil baiana tivessem, eventualmente, negligenciado, em alguma medida, a coleta de provas que pudessem incriminar os policiais envolvidos no trágico evento em questão, tal conduta não chegou a causar prejuízo para a formação da convicção do órgão ministerial que não só promoveu a sua própria apuração (conduta legítima, na dicção do STF - RE 593.727-MG - e do STJ - REsp 1.697.146-MA), como também obteve provas suficientes para embasar sua convicção e para oferecer uma denúncia.

Na mesma esteira, o superveniente provimento de apelação pelo Tribunal de Justiça estadual, anulando a prematura sentença absolutória, demonstra que não há nem deficiência de funcionamento nem tampouco comprometimento ideológico ou subjetivo do Judiciário estadual que dificulte a análise isenta dos fatos, deixando claro que eventual erro de julgamento poderá, na forma regular do processo, ser corrigido, seja no tribunal de justiça, seja nas instâncias extraordinárias.

Durante a instrução processual, a Justiça Estadual baiana poderá solicitar até mesmo o auxílio técnico e/ou operacional, se necessário, da Polícia Federal.

7. Incidente de Deslocamento de Competência julgado improcedente.



E) CORRETA: A Emenda Constitucional 45/2004 que inseriu um § 5º no art. 109 da Constituição Federal, atribuindo ao Superior Tribunal de Justiça a competência para o julgamento do Incidente de Deslocamento de Competência.

87. No último dia 23, dezesseis crianças – entre elas a ambientalista sueca Greta Thunberg, de 16 anos – protocolaram denúncia contra cinco países – Brasil, Argentina, França, Alemanha e Turquia – por violação de direitos garantidos em tratado internacional de direitos humanos em decorrência da inação para reverter a crise climática (...) As dezesseis crianças petionárias alegam que os cinco Estados demandados – Alemanha, França, Brasil, Argentina e Turquia, respectivamente o 5º, 8º, 22º, 29º e 31º maiores emissores de combustíveis fósseis do mundo – são responsáveis por conscientemente causarem e perpetuarem a crise climática, violando os direitos à vida, à saúde e à cultura, conforme previsto nos Artigos 6, 24 e 30, respectivamente, da Convenção sobre os Direitos da Criança. A petição foi apresentada ao Comitê sobre Direitos da Criança (NASCIMENTO, Jefferson. Crianças vs crise climática: 16 crianças denunciam 5 países – incluindo o Brasil – à ONU. In: Jota, 15 out. 2019. Acesso em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criancas-vs-crise-climatica-16-criancas-denunciam-5-paises-incluindo-o-brasil-a-onu-15102019>>).

Com base no excerto acima assinale a alternativa correta:

- a) As crianças podem peticionar/enviar comunicações diretamente ao Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança sem a necessidade de representante legal, diferentemente do que ocorre no ordenamento brasileiro.
- b) A petição/comunicação é inadmissível em relação ao Brasil, uma vez que o Estado não promulgou o decreto legislativo incorporando o Terceiro Protocolo Adicional à Convenção da Criança, de 2011, o qual regula o procedimento de comunicações sobre violações do tratado.
- c) Diante da importância da temática, não é necessário o esgotamento dos recursos internos para acessar o Comitê sobre os Direitos da Criança, conforme previsão do Terceiro Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos da Criança.
- d) A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas é o Tratado de Direitos Humanos com menor adesão dos países membros da ONU.
- e) O Comitê sobre os Direitos da Criança não pode analisar casos contenciosos como pretende a demanda apresentada pelas dezesseis crianças, mas apenas permite a apresentação de observações conclusivas a partir dos relatórios apresentados pelos Estados partes e a sociedade civil.



GABARITO - A

A) CORRETA: As crianças podem peticionar/enviar comunicações diretamente perante o Comitê sobre os Direitos da Criança, sem necessidade de representação legal. Esse entendimento é derivado do art. 12 da Convenção sobre Direitos da Criança, segundo a qual “a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”. Do mesmo modo, o art. 5º do Terceiro Protocolo Facultativo não impõe nenhuma exigência de representação.

B) INCORRETA: Por meio do Decreto Legislativo n.85 de 9 de junho de 2017, o Brasil internalizou o Terceiro Protocolo Facultativo, de modo que o Comitê pode receber comunicações contra o Brasil. (<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-85-8-junho-2017-785032-protocolo-152998-pl.html>)

C) INCORRETA: são critérios para a inadmissibilidade de petições individuais pelo Comitê, conforme art. 7º do Terceiro Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos da Criança: a) A comunicação for anônima; b) A comunicação não for escrita; c) A comunicação constitui um abuso do direito de apresentação de tal comunicação ou for incompatível com as disposições da Convenção e/ou com seus protocolos opcionais; d) A mesma questão já foi examinada pelo Comitê ou tenha sido ou está sendo examinado sob outro procedimento internacional de investigação ou de ajuste; e) Todos os recursos internos disponíveis do Estado Parte não foram ainda esgotados. Isto não deve ser a regra quando a aplicação dos recursos prolongar-se injustificadamente ou houver improbabilidade de fornecer solução eficaz; f) A comunicação estiver precariamente fundamentada ou não suficientemente substanciada; g) Os fatos que são o objeto da comunicação ocorreram antes da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado Parte em causa, salvo se tais fatos tiveram continuidade ou reincidência após essa data; h) A comunicação não for apresentada dentro de um ano após o esgotamento dos recursos internos, exceto nos casos em que o autor pode demonstrar que não tinha sido possível apresentar a comunicação dentro daquele prazo limite.

D) INCORRETA: A Convenção sobre os Direitos da Crianças é, pelo contrário, o tratado de direitos humanos com mais ampla adesão, contando com um número de Estados Partes superior ao da própria Organização das Nações Unidas.

E) INCORRETA: Segundo o Terceiro Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos da Criança, Comitê sobre os Direitos da Criança pode analisar petições individuais



de casos contenciosos (art.5º); conceder medidas provisórias (art.6º) ; iniciar procedimento de inquérito (art. 13). Por fim, cabe também redigir observações conclusivas sobre relatórios apresentados pelo Estado (art. 44 da Convenção sobre os direitos da Criança).

88. Sobre a relação entre direito humanitário e direito internacional dos direitos humanos assinale a alternativa correta:

a) A Corte Interamericana de Direitos Humanos em uma série de precedentes considerou que o direito internacional dos Direitos Humanos não é complementar ao Direito Internacional Humanitário, de forma que a aplicação de um dos ramos do direito internacional exclui a do outro.

b) A aplicação das normas de direito humanitário implica necessariamente no reconhecimento de uma situação de conflito armado.

c) O Direito Internacional dos Direitos Humanos é o ramo mais antigo dos eixos de proteção internacional dos direitos humanos.

d) São considerados princípios do Direito Internacional Humanitário o tratamento com humanidade e respeito; a necessidade; a proporcionalidade e a distinção entre civis e combatentes

e) O Direito Internacional Humanitário não se preocupa com a responsabilização penal daqueles que violam suas normas e cometem crimes de guerra.

GABARITO - D

A) INCORRETO: : O direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário são complementares. A Corte em reiteradas oportunidades entendeu que a especificidade das normas de proteção de sujeitos em situação de conflito armado derivadas do Direito Internacional Humanitário não impede a aplicação das normas consagradas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esse direito é inclusive reconhecido pelo Protocolo II de Genebra sobre conflitos armados não internacionais, bem como pelo artigo 3º comum as Convenções de Genebra de 1949 (Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas, Série C, n. 120, 2005).

B) INCORRETO: De acordo com o princípio “da não afetação do estatuto do conflito” a aplicação das normas humanitárias não afeta juridicamente o conflito. Essa é uma forma de superar os obstáculos e preocupações dos Estados de que ao aplicar as normas de



Direito Internacional Humanitário automaticamente reconheceriam uma situação de conflito armado.

C) INCORRETO: Entre os três ramos específicos da proteção dos direitos humanos (Direito Internacional Humanitário, Direito dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos). O mais antigo desses ramos é o Direito Internacional Humanitário que surge para regulamentar os métodos e meios utilizados na guerra.

D) CORRETO: As normas convencionais e consuetudinárias do direito internacional humanitário são regidas pelos seguintes princípios: Princípio da Distinção: é princípio de direito consuetudinário de DIH que indica que a população civil deverá ser distinguida a todo momento entre pessoas civis e combatentes. Ataques só poderão se dirigir a combatentes e civis devem ser distinguidos a todo momento. Visa vedar ataques indiscriminados.

Princípio da Proporcionalidade: norma consuetudinária de DIH que é proibido realizar ataques quando é possível prever que a população civil será incidentalmente ferida, terá danos aos bens civis ou que sejam excessivos os danos em relação as vantagens militares. É um princípio de limitação do uso da força em operações militares.

Princípio da Humanidade: a defesa e proteção do ser humano deve ser vista como cerne do direito humanitário, de modo a evitar sofrimento e efeitos nocivos das operações armadas.

Princípio da Necessidade: esse princípio indica que os ataques devem ser sempre dirigidos a objetivos militares e nunca a população civil. Ademais, deve sempre ser avaliada a existência de outros meios disponíveis para proteger a vida e a integridade da população. Não se pode usar a força contra pessoas que não representem uma ameaça e perigo real iminente a terceiros.

E) INCORRETO: considerada uma nova fase do direito internacional humanitária, também denominada Direito de Roma é uma espécie doutrinária de normas de Direito Internacional Humanitário que se preocupa com a responsabilidade internacional penal de indivíduos que pratiquem graves violações do direito humanitário e crimes de guerra. É exemplificada pela aprovação do Estatuto de Roma e criação do Tribunal Penal Internacional.

89. Apesar de existir lei estadual vedando a prática, mulheres familiares de pessoas presas são submetidas ao procedimento de revista vexatória nos presídios do interior do Estado de São Paulo, sob a justificativa de ausência de scanners corporais. Na Capital, nos presídios com scanner corporal em caso de dúvidas as mulheres vêm sendo



encaminhadas compulsoriamente aos hospitais para realização de exames invasivos. Tendo em vista que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo protocolou pedido de Ação Civil Pública requerendo a vedação da prática e indenização por danos morais ainda sem resolução, o procedimento não contencioso cabível pela defensora pública:

- a) Acionamento da Comissão de Direitos Humanos da ONU, objetivando a declaração de violação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.
- b) Acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que seja declarada a responsabilidade internacional do Estado pela violação da Convenção Belém do Pará.
- c) Acionamento por meio de petição individual do Comitê para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher das Nações Unidas
- d) Pedido de Audiência Pública durante o período de sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para discussão do temática com os comissários e pedido de encaminhamentos.
- e) Pedido de medida cautelar perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos diante da urgência e da grave lesão aos direitos das mulheres previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

GABARITO – D

A questão exigia do candidato a indicação de um procedimento não contencioso internacional que permitisse ampliar a discussão sobre a violação de direitos das mulheres e pressionar o Estado brasileiro. O Regulamento da CIDH prevê em seu art. 66 a possibilidade da sociedade civil realizar pedidos de audiências temáticas com antecedência não inferior a 50 dias do início do período de sessões da Comissão. Nessa oportunidade, o solicitante deverá indicar o objeto do comparecimento, apresentar uma síntese das matérias que serão expostas e informar o tempo aproximado que considera necessário para tal fim, bem como a identidade dos participantes.

Nas alternativas propostas, o Defensor/a Público/a não pode acionar diretamente a Corte Interamericana, visto que apenas a Comissão Interamericana pode encaminhar um caso contencioso ou o próprio Estado. No mais, apenas o pedido de audiência pública perante a CIDH pode ser considerado um mecanismo não contencioso entre as alternativas propostas.



A Defensoria Pública já fez uso desse mecanismo em mais de uma oportunidade. Veja em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/2018.07.15_Pedido_CIDH_AudTortura-GIR.pdf ou <https://artigo19.org/blog/2015/03/17/na-cidh-criminalizacao-dos-protestos-e-alvo-de-denuncia/>

90. Sobre o papel do Defensor/a Público/a Interamericano assinale a alternativa INCORRETA:

- a) A existência do Defensor/a Público/a Interamericano não impede a atuação das Defensorias Públicas Estaduais, da União e do Distrito Federal que possuem competência para litigar perante os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos.
- b) A ausência de representação legal ou a carência de recursos econômicos é suficiente para autorizar a atuação do/a Defensor/a Público/a Interamericano perante a Corte Interamericana.
- c) Como forma de garantir uma continuidade do atendimento jurídico, a Resolução da AIDEF prevê que o Defensor/a Público/a atuante durante a fase da Comissão Interamericana permanece atuando no caso perante a etapa jurisdicional na Corte Interamericana, mesmo após o fim de seu mandato.
- d) O Defensor/a Público/a Interamericano/a designado/a para o caso não poderá integrar o corpo de defensores do Estado denunciado.
- e) A designação de Defensor/a Público/a Interamericano na Comissão exige critérios adicionais como o envolvimento de grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade ou que o caso se refira a matérias novas para a proteção de direitos humanos na região.

GABARITO - D

A) CORRETA: A Lei Complementar 80/1994 prevê em seu art. 4º, VI que é competência da Defensoria Pública representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos. Deste modo, não há um conflito entre a atuação do/a Defensor/a Interamericano e a Defensoria interna dos países.

B) CORRETO: Segundo Regulamento da Corte IDH, a expressão “Defensor Interamericano” significa a pessoa que a Corte designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma”. O próprio Regulamento também determina no artigo 37 que “Artigo 37. Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá



designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso”.

C) CORRETO: A resposta a questão pode ser encontrada no artigo 17 do Regulamento Unificado da AIDEF, segundo o qual se o DPI estiver litigando em um caso e o período de designação de três anos tenha sido concluído, o mandato se estenderá caso ainda não tenha sido emitido o informe final perante a Comissão, se o caso for enviado a Corte ou ainda não tiver uma sentença final, bem como durante a execução da sentença de mérito, reparação e custas.

D) INCORRETA: Para cada caso será designado três defensores/as interamericanos/as (dois titulares e um suplente). Conforme art. 13 do Regulamento da AIDEF, são critérios objetivos para nomeação do DPI que um não pertença ao Estado denunciante e que os outros dois pertençam ao Estado denunciado, salvo se não exista dentro da lista de DPIs um nacional do Estado denunciado ou que normativas internas proibam que este litigue internacionalmente contra seu próprio Estado.

E) CORRETO: O artigo 22.2 do Regulamento da AIDEF descreve os critérios estabelecidos no acordo com a CIDH para que o Defensor/a Interamericano/a atue. São eles: a) complexidade do caso para a vítima e aspectos fáticos e jurídicos que se refiram a matérias novas para a proteção de direitos humanos no continente; b) caso aborde violações de direitos humanos com especial interesse para a AIDEF, como direito a vida, integridade pessoal, liberdade pessoal e garantias e proteção judicial e c) o caso envolva uma ou mais vítimas que pertençam a um grupo em situação de vulnerabilidade, como pessoas privadas de liberdade, vítimas de violência institucional, vítimas de violência de gênero, crianças e adolescentes, povos indígenas, pessoas com deficiência entre outros.

Para saber mais, ver entrevista com a Defensora Pública Isabel Penido de Campos Machado - Atenção, monitoramento e atuação das Defensorias Públicas em contexto de risco. Acesso em: https://www.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2019/04/dpmsg_revista-4_completa.pdf

Princípios e Atribuições Institucionais da Defensoria Pública do Estado

91. A jurisprudência dos Tribunais tem abarcado cada vez mais temas relativos à Defensoria Pública. Nesse sentido, assinale a alternativa incorreta:



- (A) Admite-se a intervenção da Defensoria Pública no feito como custos vulnerabilis em qualquer processo onde se discuta interesses dos vulneráveis.
- (B) A exigibilidade de atendimento integral da população carente pela Defensoria Pública está condicionada, no mínimo, ao transcurso do prazo estabelecido na EC 80/2014.
- (C) Os Defensores Públicos precisam de inscrição na OAB para exercerem suas atribuições.
- (D) Não configura o crime de desobediência (art. 330 do CP) a conduta de Defensor Público Geral que deixa de atender à requisição judicial de nomeação de defensor público para atuar em determinada ação penal.
- (E) Se uma decisão ou sentença penal é proferida pelo juiz na própria audiência, estando o Defensor Público presente, ainda assim não se pode dizer que ele foi intimado. Para que a intimação pessoal do Defensor Público se concretize, será necessária ainda a remessa dos autos à Defensoria Pública.

Gabarito: Letra C

a) Custos vulnerabilis significa “guardião dos vulneráveis”. Enquanto o Ministério Público atua como custos legis (fiscal ou guardião da ordem jurídica), a Defensoria Pública possui a função de custos vulnerabilis. Assim, segundo a tese da Instituição, em todo e qualquer processo onde se discuta interesses dos vulneráveis seria possível a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído. Quando a Defensoria Pública atua como custos vulnerabilis, a sua participação processual ocorre não como representante da parte em juízo, mas sim como protetor dos interesses dos necessitados em geral. Esse foi o entendimento firmado pelo STJ no REsp 1712163-SP. No âmbito das execuções penais, a Defensoria Pública pode, desde 2010, intervir nos feitos com base no art. 81-A da Lei nº 7.210/84. No âmbito cível, especificamente no caso das ações possessórias, o art. 554, § 1º, do CPC é exemplo de intervenção *custos vulnerabilis*.

b) São notórias as dificuldades pelas quais passa a efetiva implantação e instalação da Defensoria Pública no país. A desproporção entre os assistidos e os respectivos Defensores é evidente. De igual modo, há um número bem menor de Defensores Públicos se comparado com a quantidade de Magistrados e de membros do Ministério Público, assim como pelo que se depreende da comparação dos orçamentos disponibilizados a cada uma das instituições. Em razão de tais dificuldades do Estado, a EC 80, de 4/6/2014, conferiu nova redação ao art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias



estabelecendo um prazo de 8 anos para instalação de serviços mínimos prestados pela Defensoria, que se esgota em 2022. Por esse motivo, a jurisprudência do STF tem entendido que a exigibilidade de atendimento integral da população pela Defensoria Pública está condicionada ao transcurso do prazo estabelecido na EC 80/2014 (RE 810.883).

c) O entendimento exarado pelo STJ no REsp 1.710.155-CE foi justamente o oposto. Os Defensores Públicos NÃO precisam de inscrição na OAB para exercerem suas atribuições. O art. 3º, §1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) deve receber interpretação conforme à Constituição de modo a se concluir que não se pode exigir inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública. O art. 4º, §6º, da LC 80/94 afirma que a capacidade postulatória dos Defensores Públicos decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, devendo esse dispositivo prevalecer em relação ao Estatuto da OAB por se tratar de previsão posterior e específica. Vale ressaltar que é válida a exigência de inscrição na OAB para os candidatos ao concurso da Defensoria Pública porque tal previsão ainda permanece na Lei.

d) A Constituição Federal assegura às Defensorias Públicas autonomia funcional e administrativa (art. 134, §2º). A autonomia administrativa e a independência funcional asseguradas constitucionalmente às Defensorias Públicas não permitem que o Poder Judiciário interfira nas escolhas e nos critérios de atuação dos Defensores Públicos que foram definidos pelo Defensor Público-Geral. Esse foi o entendimento exarado pelo STJ no HC 310901-SC (Info 586).

e) A LC 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) prevê, como uma das prerrogativas dos Defensores Públicos, que eles devem receber intimação pessoal (arts. 44, I; 89, I e 128, I). Segundo decidiu o STF, a intimação da Defensoria Pública, a despeito da presença do defensor na audiência de leitura da sentença condenatória, se aperfeiçoa com sua intimação pessoal, mediante a remessa dos autos (HC 125270/DF). Vale ressaltar que a decisão acima foi proferida em sede de processo penal. Não se pode ter certeza se o entendimento jurisprudencial seria o mesmo caso fosse um processo cível. Isso porque o CPC/2015 previu o seguinte: "Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. §1º Os sujeitos previstos no *caput* considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão".

92. Nos termos da Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Lei Complementar nº 988/06 – assinale a alternativa incorreta:



- (A) As decisões da Defensoria Pública do Estado, fundadas em sua autonomia funcional e administrativa e obedecidas as formalidades legais, têm auto executoriedade e eficácia plena, ressalvadas as competências constitucionais dos Poderes Judiciário e Legislativo e do Tribunal de Contas.
- (B) O Defensor Público em estágio probatório não poderá ser nomeado para cargo em comissão ou designado para função de confiança.
- (C) A Lei Complementar nº 988/06 não prevê a figura do Defensor Público Natural.
- (D) Aos defensores públicos cabe esgotar todas as instâncias recursais judiciais e administrativas possíveis no caso concreto, salvo se houver motivo justificado.
- (E) Aos defensores públicos cabe recorrer ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, quando cabível, comunicando o Defensor Público-Geral do Estado e o Núcleo Especializado.

Gabarito: Letra C

- A) Este é o exato termo do art. 7º, §1º, da Lei Complementar Estadual nº 988/06.
- B) Este é o exato termo do art. 19, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 988/06.
- C) Incorreto. O art. 53, II, da Lei Complementar Estadual nº 988/06 dispõe que compete aos núcleos especializados “propor medidas judiciais e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural”.
- D) Este é o exato termo do art. 51, III, da Lei Complementar Estadual nº 988/06.
- E) Este é o exato termo do art. 51, IV, da Lei Complementar Estadual nº 988/06.

93. Maria relata um problema jurídico e pretende utilizar-se dos serviços da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Assinale a alternativa correta:

- (A) Em nenhuma hipótese Maria poderá ser assistida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo se auferir renda familiar mensal superior a três salários mínimos.



(B) Se a ação for de usucapião, o valor do bem usucapido será considerado como patrimônio familiar.

(C) O valor da causa interfere na avaliação econômico-financeira do interessado.

(D) No caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo na hipótese de denegação de atendimento, a mulher vítima de violência receberá orientação sobre seus direitos, adotando-se as medidas de urgência para a garantia da incolumidade física.

(E) O exercício da defesa criminal e de curadoria criminal depende de considerações prévias sobre a situação econômico-financeira do interessado.

Gabarito: Letra D

Toda a questão é baseada na Resolução nº 89 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Ela baliza os parâmetros objetivos e procedimentos para denegação de atendimento, sendo uma das resoluções mais relevantes para a prática profissional e para as provas objetivas.

A) O art. 2º estabelece três regras cumulativas para que seja presumida necessitada a pessoa a ser atendida. São elas: (i) auferir renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais; (ii) não ser proprietária, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESP's; (iii) não possuir recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais. Contudo, o limite relativo a renda mensal poderá ser aumentado para quatro salários mínimos se houver fatores que evidenciem exclusão social, tais como: (i) entidade familiar composta por mais de 5 (cinco) membros; (ii) gastos mensais comprovados com tratamento médico por doença grave ou aquisição de medicamentos de uso contínuo; (iv) entidade familiar composta por pessoa com deficiência ou transtorno global do desenvolvimento; (iv) entidade familiar composta por idoso ou egresso do sistema prisional, desde que constituída por 4 (quatro) ou mais membros.

B) Pelo contrário, nas ações de usucapião não será considerado como patrimônio familiar o valor do bem usucapido (art. 2º, §14).

C) Não, o valor da causa não interferirá na avaliação econômico-financeira do interessado (art. 2º, §13). Assim, o bem da vida pleiteado não poderá levar à denegação do atendimento.



D) Este é exatamente os ditames do art. 2º, §18. Tal se dá porque as situações de violência doméstica envolvem, na maioria das vezes, situações de urgência em que eventual denegação pudesse gerar situações de risco irreversíveis à vítima. Ademais, o único bem imóvel destinado à moradia ou subsistência da mulher, ainda que tenha valor superior ao previsto na normativa, não poderá ensejar, por si só, a denegação em razão da situação econômico-financeira.

E) Os artigos 4º e 5º da Deliberação dispõem exatamente o contrário. Apesar de muita discussão, estes foram os entendimentos fixados definitivamente. Quanto ao exercício da defesa criminal, não resta dúvidas a razão de atuação, já que não pode o réu permanecer sem defesa. Quanto à curadoria, entendeu-se que se trata de função atípica e solidarista, prevista inclusive na Lei Complementar nº 80 (art. 4º, XVI). Neste tema, decidiu também o STJ que: (I) “tendo em vista os princípios do contraditório e da ampla defesa, o recurso interposto pela Defensoria Pública, na qualidade de curadora especial, está dispensado do pagamento de preparo” (EAREsp 978.895/SP); (II) “o defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única” (REsp 1201674/SP).

94. Considerando a Constituição do Estado de São Paulo e a história da Defensoria Pública no país, assinale a alternativa correta:

- (A) Na Constituição do Estado de São Paulo, o Defensor Público Geral tem prerrogativa de foro nas infrações penais comuns.
- (B) A Defensoria Pública não prestará assistência jurídica aos índios do Estado, suas comunidades e organizações, posto que tal função será da Defensoria Pública da União.
- (C) A Defensoria Pública do Estado de São Paulo nasceu de um movimento político, e não de um movimento popular.
- (D) O primeiro órgão de assistência judiciária foi previsto na Constituição Federal de 1934.
- (E) O direito a assistência jurídica gratuita é universal.

Gabarito: Letra A



- A) Esta é a previsão constante do art. 74, I, da Constituição do Estado de São Paulo.
- B) Ainda que diversas questões relativas aos direitos indígenas sejam afetas à União (art. 109, XI, CF), muitas vezes tais direitos deverão ser resguardados pelas Defensorias dos Estados. Nesse sentido, a Constituição do Estado de São Paulo prevê justamente que “a Defensoria Pública prestará assistência jurídica aos índios do Estado, suas comunidades e organizações” (art. 282, §2º).
- C) Ocorreu o oposto. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo nasceu de um movimento popular, pela junção de diversas organizações civis que lutaram fortemente em face do poder político pela implementação da Defensoria Pública enquanto instituição autônoma, separando-se da Procuradoria Geral do Estado. Em decorrência disto, a DPE/SP possui um modelo de governança democrática bastante exacerbado, em regra, além do previsto nas demais leis orgânicas.
- D) O primeiro órgão de assistência judiciária foi previsto pelo Decreto nº 2457/1897. A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a assegurar expressamente o acesso à justiça aos necessitados por meios de órgãos especiais que deveriam ser criados para esse fim.
- E) Não se trata de um direito universal. Ainda que o conceito de necessitados abranja também os chamados necessitados organizacionais – minorias, ainda que não economicamente hipossuficientes se individualmente consideradas –, é necessário que haja uma questão econômica ou jurídica para a atuação da Defensoria Pública. Desse modo, não é um serviço equiparado, por exemplo, à saúde, já que seu exercício é condicionado.

95. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública foi expressamente prevista como órgão responsável pela assistência jurídica aos necessitados. Entretanto, diversas emendas constitucionais promoveram importantes alterações na organização da instituição. Sobre o tema, é **CORRETO** afirmar:

- (A) Até o advento da EC 69/2012, a Constituição Federal era organizada de modo que a Defensoria Pública ocupava, topologicamente, a mesma Seção que a Advocacia.
- (B) A EC 45/2004 passou a assegurar autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal.
- (C) A Defensoria Pública, com a EC 80/14, passou a ser a única instituição com previsão constitucional para a promoção dos direitos humanos.



(D) A unidade, indivisibilidade e independência funcional, princípios institucionais da Defensoria Pública, estão previstos desde a redação original do artigo 134 da Constituição Federal.

(E) A atuação extrajudicial e a defesa de direitos coletivos possuem apenas previsão na Lei Orgânica Nacional (LC 80/94), mas não na Constituição Federal.

Gabarito: Letra C

É importante sistematizar e fazer um histórico das Emendas Constitucionais que abordaram a Defensoria, identificando as principais alterações que cada uma proporcionou, especialmente para fins de prova objetiva

A) Foi apenas com a EC 80/2014 que a Defensoria passou a ocupar Seção própria dentro do Capítulo IV da Constituição Federal, que versa sobre as Funções Essenciais à Justiça. Até então, a instituição estava na mesma Seção que a advocacia.

B) A conquista da autonomia funcional e administrativa se deu em momentos diferentes para as Defensorias dos Estados, Distrito Federal e União. Inicialmente, a EC 45/2004 conferiu tal autonomia apenas aos estados, muito embora parte da doutrina já defendesse sua extensão para a União e Distrito Federal com base no princípio da unidade da Instituição.

A EC 69/2012 passou a prever, em seu artigo 2º, que *Sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados*. O que se considera como a conquista da autonomia para a Defensoria do Distrito Federal, embora a disposição não tenha sido inserida diretamente no texto constitucional.

Foi apenas com a EC 74/2013 que as Defensorias da União e Distrito Federal tiveram suas autonomias reconhecidas com a inserção do §3º ao artigo 134 da Constituição Federal.

C) Segundo o caput do artigo 134, incumbe à Defensoria Pública a *promoção dos direitos humanos*, única instituição com tal previsão constitucional.

D) Os princípios institucionais apenas foram inseridos no texto constitucional com a EC 80/14. Para facilitar a visualização das importantes alterações trazidas por esta emenda, segue tabela com as inserções realizadas no caput do artigo 134 destacadas em negrito:



Antes da EC 80/14	Depois da EC 80/14
Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.	A Defensoria Pública é instituição permanente , essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático , fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita , aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

E) Além da previsão na LC 80/94 (artigo 4º, X), a EC 80/2014 também inseriu no caput do artigo 134 da Constituição as atribuições referentes à atuação extrajudicial e direitos coletivos, vide tabela supra.

96. Sobre a autonomia da Defensoria Pública, assinale a alternativa correta:

- (A) Não ofende a autonomia da Defensoria Pública norma que prevê obrigatoriedade de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.
- (B) É possível que determinado Estado crie sua respectiva Defensoria Pública vinculada à Secretária de Justiça.
- (C) A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que não é cabível o controle da qualidade dos serviços prestados pela Defensoria Pública.
- (D) A Defensoria tem autonomia para elaboração de sua proposta orçamentária, que pode ser reduzida pelo Poder Executivo com o intuito de redirecionar parte do orçamento para setor de maior interesse governamental.



(E) A autonomia das Defensorias Públicas já foi objeto de recomendação aos Estados por meio da Resolução 2656/11 da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Gabarito: Letra E

A) Tal assunto foi objeto da ADI 4163, envolvendo, inclusive, a própria Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Em tal julgamento, o STF reconheceu que a previsão de obrigatoriedade de convênio com a OAB viola a autonomia a instituição, conforme ementa abaixo:

*Art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 234 da Lei Complementar estadual nº 988/2006. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. **Previsões de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil OAB-SP. Inadmissibilidade. Desnaturação do conceito de convênio. Mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria. Ofensa consequente ao art. 134, § 2º, cc. art. 5º, LXXIV, da CF.** (....) (ADI 4.163/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, fls. 1.068/1.069).*

B) Na ADI 3.569/PE, o STF reconheceu que “A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, **ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado**”.

C) No julgamento do Caso Ruano Torres vs. El Salvador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a defesa promovida pelo defensor público não pode se dar como mera formalidade, exigindo-se uma atuação diligente e que evite violação de direitos, cuja ocorrência pode gerar responsabilidade do Estado em âmbito internacional. Por fim, a Corte afirmou que o Poder Judiciário deve assegurar que “o direito à defesa não se torne ilusório através de uma assistência jurídica ineficaz” (§168), afirmando a possibilidade de se realizar um controle sobre a qualidade dos serviços da Defensoria.

D) A Defensoria Pública tem autonomia para elaboração de sua proposta orçamentária, que é encaminhada ao Executivo apenas para consolidação, sendo vedada qualquer alteração, exceto no caso de incompatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Tal assunto já foi analisado pelo STF na ADI 5287, em que a seguinte tese foi fixada:

“É inconstitucional a redução unilateral pelo Poder Executivo dos orçamentos propostos pelos outros Poderes e por órgãos constitucionalmente autônomos,



como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na fase de consolidação do projeto de lei orçamentária anual, quando tenham sido elaborados em obediência às leis de diretrizes orçamentárias e enviados conforme o art. 99, § 2º, da CRFB/88, cabendo-lhe apenas pleitear ao Poder Legislativo a redução pretendida, visto que a fase de apreciação legislativa é o momento constitucionalmente correto para o debate de possíveis alterações no Projeto de Lei Orçamentária.”

E) Diversas Resoluções da OEA já trataram sobre a Defensoria Pública, dada sua importância. No tocante à Resolução 2656/2011, os principais pontos abordados foram:

- Importância do serviço de assistência jurídica para o respeito aos direitos humanos.
- Recomenda aos Estados que já possuam serviços de assistência jurídica gratuita que **garantam a autonomia e independência funcional dos defensores.**
- Incentiva a criação da Defensoria Pública aos Estados que ainda não a tenham instituído.
- Pugnou pela celebração de convênios para a capacitação e formação de defensores públicos oficiais.
- que os Estados promovam oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas na matéria.

97. Sobre os direitos dos usuários da Defensoria Pública, considere as assertivas abaixo:

I. A Lei Orgânica Nacional (LC 80/94) contém previsão expressa sobre os direitos dos usuários desde a publicação de seu texto original.

II. João e Maria pretendem se divorciar de forma litigiosa. Para maior eficiência nos serviços prestados, a Defensoria Pública deverá nomear um único Defensor para cuidar dos interesses de ambos.

III. A participação na definição das diretrizes institucionais da Defensoria Pública e no acompanhamento da fiscalização das ações e projetos desenvolvidos pela Instituição é um direito previsto na LC 80/94.

IV. Aos usuários é garantido o acompanhamento da conduta pública dos membros e servidores da Defensoria Pública, conforme previsão na LC 988/06.



Está correto o que se afirma apenas em:

- (A) I.
- (B) I, II e IV.
- (C) III e IV.
- (D) I, II e III.
- (E) IV.

Gabarito: Letra E

Item I) Quando publicada, a LC 80/94 não continha o art. 4-A que trata sobre os direitos dos assistidos, sendo que tal disposição apenas foi acrescentada pela LC 132/2009.

Item II) Diante da existência de interesses antagônicos, é um direito dos usuários que lhes sejam designados defensores distintos, conforme previsto no art. 4º-A, V, da LC 80/94.

Item III) Importante ressaltar que a inserção dos direitos dos usuários na LC 80 foi inspirada na LC 988/06, que desde sua gênese já continha tal previsão. Dessa forma, os direitos presentes em ambos os diplomas, apesar de semelhantes, não são idênticos, tornando a assertiva falsa tão somente pelo fato de tal direito não estar previsto na LC 80/94 e sim no artigo 6º, III, da LC 988/06.

Item IV) Tendo em vista a ampla participação popular na criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foram previstos amplos direitos aos usuários de seus serviços, inclusive com a fiscalização da conduta pública dos membros e servidores, conforme previsto também no artigo 6º, III da LC 988/06.

98. Nos termos da LC 80/94, são prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, EXCETO:

- (A) a independência funcional no desempenho de suas atribuições.
- (B) Usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública.
- (C) representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais.



(D) ser ouvido como testemunha, em qualquer processo ou procedimento, em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade competente.

(E) examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos.

Gabarito: Letra A

Inicialmente, importante fazer a distinção entre garantias e prerrogativas:

- **Garantias:** asseguram a liberdade do defensor perante influências externas. Garantem a independência em um plano mais subjetivo, ou seja, do próprio defensor. Se assemelham a escudos.
- **Prerrogativas:** faculdades especiais conferidas aos órgãos na condição de agentes políticos, para dar plenas condições de consecução das atribuições institucionais. Garantem o desempenho das atribuições do cargo em um plano mais objetivo, ou seja, do próprio cargo. Se assemelham a instrumentos.

A) Trata-se de garantia prevista no artigo 127, I, da LC 80/94 e não de uma prerrogativa.

B) Prerrogativa disposta no artigo, 128, IV, da LC 80/94.

C) Prerrogativa disposta no artigo, 128, XI, da LC 80/94. Nos casos em que se exige poderes especiais, o Defensor pode optar por obter procuração do assistido ou, ainda, solicitar que ele assine a peça em conjunto.

D) Prerrogativa disposta no artigo, 128, XIV, da LC 80/94. Tal prerrogativa também possui previsão para magistrados e membros do Ministério Público nas respectivas leis orgânicas.

E) Prerrogativa disposta no artigo, 128, VIII, da LC 80/94. O acesso aos autos independe de estar o defensor realizando a defesa do interessado. Vale apontar a restrição de acesso aos elementos já documentados, previstos na Súmula Vinculante 14:

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



99. A respeito das funções institucionais da Defensoria Pública, assinale a alternativa CORRETA:

(A) Além dos honorários sucumbenciais, o exercício da curadoria especial garante à Defensoria Pública o recebimento de honorários pagos pelo curatelado, conforme entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça.

(B) Apesar de inexistir previsão legal específica nesse sentido, doutrina e jurisprudência afirmam a possibilidade de a Defensoria Pública atuar na defesa de suas funções institucionais.

(C) Não torna a prisão ilegal a ausência de comunicação à Defensoria sobre prisão em flagrante de preso que não constitui advogado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

(D) A convocação de audiências públicas pela instituição independe da matéria discutida.

(E) O acordo celebrado pelo Defensor Público valerá como título extrajudicial após homologação por sentença.

Gabarito: Letra B

A) O exercício da curadoria especial é função institucional e o STJ tem entendimento consolidado que não são cabíveis honorários, salvo os sucumbenciais, no caso de vitória do curatelado.

O defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única. In casu, trata-se de recurso interposto pela Defensoria Pública estadual contra a decisão que indeferiu o pleito de antecipação da verba honorária a ser paga pela recorrida relativa ao desempenho da função de curadoria especial para réu revel citado por hora certa. Em síntese, a recorrente sustenta violação do art. 19, § 2º, do CPC, além de divergência jurisprudencial ao argumento de que a verba prevista nesse dispositivo legal ostenta a natureza de despesa judicial, e não de verba sucumbencial, tendo a autora (ora recorrida) interesse no prosseguimento do feito, o qual não é possível sem curador especial. A Corte Especial negou provimento ao recurso por entender que a remuneração dos membros da Defensoria Pública ocorre mediante subsídio em parcela única mensal, com expressa vedação a qualquer outra espécie remuneratória, nos termos dos arts. 135 e 39, § 4º, da CF c/c com o art. 130 da LC



n. 80/1994. Todavia, caberão à Defensoria Pública, se for o caso, os honorários sucumbenciais fixados ao final da demanda (art. 20 do CPC), ressalvada a hipótese em que ela atue contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença (Súm. n. 421/STJ). REsp 1.201.674-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 6/6/2012..

B) Há previsão expressa no art. 4, IX. da lei 80/94, ao dispor como função institucional a possibilidade de “impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução”.

C) O entendimento é que a ausência de intimação da Defensoria não torna a prisão ilegal, ainda mais em casos que há posterior conversão em preventiva. Nesse sentido:

“Não há mais se falar em irregularidade da prisão em flagrante quando a questão encontra-se superada pela superveniência do decreto de prisão preventiva, que é o novo título judicial ensejador da custódia cautelar” HC 325958, rel min. Maria Thereza Assis de Moura, 6ª Turma, j. 18.08.2015)

D) A convocação de audiências públicas é importante instrumento para garantir a participação popular e, inclusive, para preparar eventual atuação em demanda coletiva. Ocorre que o artigo 4º, XXII, da LC 80/94, prevê que as matérias objeto da audiência devem ser “relacionada às suas funções institucionais”, ou seja, não pode ocorrer de forma irrestrita.

E) A atuação extrajudicial da Defensoria Pública é de grande importância, tanto que foi inserida no caput do artigo 134 da Constituição Federal. Dessa forma, basta que o instrumento de transação, mediação ou conciliação seja referendado pelo Defensor Público para que possua força de título executivo extrajudicial, independente de qualquer homologação, até mesmo quando celebrados com pessoa jurídica de direito público, nos termos do artigo 4º, §4º, da LC 80/94.

100. Sobre a organização da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, de acordo com Lei Complementar Estadual 988/06, são Órgãos da Administração Superior:

(A) Escola da Defensoria Pública e Defensoria Pública-Geral.

(B) Coordenadoria Geral de Administração e Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado.



- (C) Terceira Subdefensoria Pública-Geral e Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado.
- (D) Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado e Núcleos Especializados.
- (E) Escola da Defensoria Pública e Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado.

Gabarito: Letra C

- A) A Escola da Defensoria Pública é um órgão auxiliar, conforme previsto no artigo 56 da LC 988/06; a Defensoria Pública-Geral é órgão da Administração Superior, conforme artigo 11 da mesma legislação.
- B) A Coordenadoria Geral de Administração também é um órgão auxiliar (artigo 56), enquanto o Conselho Superior, por sua vez, é órgão da Administração Superior.
- C) Todas as subdefensorias (primeira, segunda e terceira) fazem parte da Administração Superior, bem como a Ouvidoria-Geral. Nesse ponto, é importante destacar uma diferença em relação à organização prevista na LC 80/94, uma vez que esta traz a Ouvidoria como um órgão auxiliar. Pode-se dizer que a presença como órgão da Administração Superior se deu por conta da própria formação da Defensoria paulista, que teve ampla participação da sociedade civil, que tem na ouvidoria uma das principais portas para intervir no funcionamento e organização da Defensoria.
- D) Os Núcleos Especializados são órgãos de execução, conforme previsto no artigo 52 da LC 988/06.
- E) Como já mencionado a Escola da Defensoria é órgão auxiliar e o Conselho é órgão da Administração Superior.

Para facilitar a visualização da organização da Defensoria Pública bem como a identificação de eventuais diferenças entre a LC 80/94 e a LC 988/06, trago a tabela abaixo, em que os destaques em vermelho são particularidades da LC 988/06:

LC 80/94	LC 988/06
Órgãos da Administração Superior	Órgãos da Administração Superior



<p>Defensoria Pública-Geral do Estado; Subdefensoria Pública-Geral do Estado; Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado; a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado;</p>	<p>Defensoria Pública-Geral; Primeira Subdefensoria Pública-Geral; Segunda Subdefensoria Pública-Geral; Terceira Subdefensoria Pública-Geral; Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado; Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado; Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado.</p>
<p>Órgãos de atuação Defensorias Públicas do Estado; Núcleos da Defensoria Pública do Estado;</p>	<p>Órgãos de Administração Defensorias Públicas Regionais; Defensoria Pública da Capital.</p>
<p>Órgãos de execução Defensores Públicos do Estado.</p>	<p>Órgãos de execução e atuação Defensores Públicos do Estado Núcleos Especializados</p>



Órgãos auxiliares

Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado

Órgãos auxiliares

Escola da Defensoria Pública do Estado;

Coordenadoria Geral de Administração;

Grupo de Planejamento Setorial;

Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa;

Coordenadoria de Tecnologia da Informação;

Centros de Atendimento Multidisciplinar;

Estagiários.

