PREPARAÇÃO PRÉ-EDITAL

DELEGADO
RIO GRANDE DO SUL
TURMA 05

SEMANA 02

Sumário

META 1 9

DIREITO CONSTITUCIONAL: TEORIA CONSTITUCIONAL 9

1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO 9

1.1 Concepções do Conceito de Constituição 10

2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES 15

3. ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO 21

4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO 22

4.1. Constitucionalismo 22
4.2 Neoconstitucionalismo 24
4.3 O papel da Constituição em um Estado Democrático de Direito 25

5. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS 27

6. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS 29

6.1. Hermenêutica x Interpretação Jurídica 30
6.2 Interpretação Jurídica x Interpretação Constitucional 30
6.3 Correntes Norte-Americanas 30
6.4 Métodos de interpretação 31
6.5 Regras, princípios e postulados normativos 33
6.6 Princípios de interpretação Constitucional 34
6.7 Técnicas de interpretação Constitucional 38

7. PODER CONSTITUINTE 39

7.1 Espécies de Poder Constituinte Originário (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1.º grau) 41

7.1.1 Limitações Materiais 43
7.1.2 Titularidade do Poder Constituinte Originário 43
7.1.3 Legitimidade 43

7.2 Poder Constituinte Derivado (instituído, constituído, secundário, de segundo grau, remanescente) 44

7.2.1 Reformador 45
7.2.2 Poder Constituinte Derivado Decorrente 47
7.2.3 Poder Constituinte Derivado Revisor 48

7.3 Poder Constituinte Difuso 49
7.4 Poder Constituinte Supranacional 50

8. CONSTITUIÇÕES NO BRASIL 53

8.1 Constituição de 1824 53
8.2 Constituição de 1891 54
8.3 Constituição de 1934 55
8.4 Constituição de 1937 56
8.5 Constituição de 1946 57
8.6 Constituição de 1967 58
8.7 EC n. 1/1969 59
8.8 Constituição de 1988 59

META 2 61

DIREITO PROCESSUAL PENAL: INQUÉRITO POLICIAL 61

1. INQUÉRITO POLICIAL 62

1.1 Conceito 62

1.1.1 Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) 62
1.1.2 Investigação Preliminar 64

1.2 Conceito Tradicional de Inquérito Policial 65
1.2 Natureza Jurídica 71

2. CARACTERÍSTICAS 72

3. INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL 82

4. PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL 90

5. INDICIAMENTO 92

5.1 Conceito 92
5.2 Fundamento Legal 92
5.3 Sujeito Ativo e Passivo 92
5.4 Consequências do Indiciamento 94
5.5 Momento do Indiciamento 96
5.6 Espécies Indiciamento 96
5.7 Constituição de Defensor Quando o Investigado for Integrante da Segurança Pública ou Militar 100

6. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL 103

6.1 Arquivamento Determinado Por Juiz Incompetente 104
6.2 Arquivamento e Recorribilidade 105
6.3 Arquivamento da Ação Penal Privada 107
6.4 Arquivamento Implícito 107
6.5 Arquivamento Indireto 108
6.6 Coisa Julgada na Decisão de Arquivamento 108

7. DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO E A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL 113

8. TRANCAMENTO (OU ENCERRAMENTO ANÔMALO) DO INQUÉRITO POLICIAL 115

9. RELATÓRIO DA AUTORIDADE POLICIAL 116

META 3 120

DIREITO CONSTITUCIONAL: REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS 120

1. *HABEAS CORPUS* 121

2. MANDADO DE SEGURANÇA 134

3. MANDADO DE INJUNÇÃO 154

4. *HABEAS DATA* 165

5. AÇÃO POPULAR (LEI Nº 4.717/65) 169

6. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI 7.347/85) 176

7. INQUÉRITO CIVIL 187

8. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) 189

META 4 193

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE I (CONCEITOS GERAIS – CLASSIFICAÇÕES – INÍCIO DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME) 193

1. CONCEITO DE CRIME 193

1.1. Crime X Contravenção Penal 194
1.2. Classificações dos Crimes 196

1.2.1 Quanto à Qualidade do Sujeito Ativo 196
1.2.2 Quanto à Estrutura do Tipo Penal 197
1.2.3 Quanto à Relação entre a Conduta e o Resultado Naturalístico 197
1.2.4 Quanto ao Momento de Consumação 199
1.2.5 Quanto ao Número de Agentes 200
1.2.6 Quanto ao Número de Vítimas 200
1.2.7 Quanto ao Grau de Intensidade do Resultado 200
1.2.8 Quanto ao Número de Atos Executórios 203
1.2.9 Quanto à Forma pela qual a Conduta é Praticada 203
1.2.10 Quanto ao Modo de Execução Admitido 203
1.2.11 Quanto aos Bens Jurídicos Atingidos 204
1.2.12 Quanto À Existência Autônoma Do Crime: 204
1.2.13 Quanto À Necessidade De Corpo De Delito Para A Prova Da Existência 204
1.2.14 Quanto ao Local de Produção do Resultado 204
1.2.15 Quanto ao Vínculo com outros Crimes 204
1.2.16 Quanto à Liberdade ou não para o Início da Persecução Penal 205
1.2.17 Quanto à Violação de Valores Universais 205
1.2.18 Quanto ao Potencial Ofensivo 205
1.2.19 Quanto ao *iter criminis* 205
1.2.20 Crimes de Impressão 206
1.2.21 Crimes de Colarinho Branco e Crimes de Colarinho Azul 206
1.2.22 Outras Classificações 207

2. SUJEITOS DO CRIME 208

3. OBJETO DO CRIME 209

4. ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME 209

4.1 Fato Típico 209

4.1.1 Conduta 210

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL: LEI DO JECRIM 223

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL 223

2. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.099/95 224

3. JURISDIÇÃO CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL 225

3.1 Velocidades do Direito Penal 225

4. CRITÉRIOS/PRINCÍPIOS ORIENTADORES E FINALIDADES DOS JUIZADOS 226

5. COMPETÊNCIA DO JECRIM 228

5.1 Estatuto do Idoso 229
5.2 Acusados com Foro por Prerrogativa de Função: 230
5.3 Jecrim nos Crimes Militares 230
5.4 Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: 231
5.5 Conexão e Continência entre Crime Comum e Infração de Menor Potencial Ofensivo: 232

5.6 Competência Territorial 232
5.7 Causas de Modificação da Competência dos Juizados 233
5.8 Nulidades 234
6. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA (TCO) 234
7. FASE PRELIMINAR 236
7.1 Composição Civil Dos Danos 236
7.2 Transação Penal 238
8. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO COMUM SUMARÍSSIMO: 243
9. SISTEMA RECURSAL DOS JUIZADOS 245
9.1 Apelação 245
9.2 Embargos de Declaração 245
9.3 Recurso Especial e Recurso Extraordinário 246
10. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO 246
META 5 256
DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE II (CONTINUAÇÃO DE "FATO TÍPICO" – TEORIA DO TIPO – ITER CRIMINIS – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, ARREPENDIMENTO EFICAZ E ARREPENDIMENTO POSTERIOR – CRIME IMPOSSÍVEL) 256
1. CONTINUAÇÃO DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO 256
2. CONCAUSAS 267
3. TEORIA DO TIPO 275
3.1 Funções do Tipo Penal 275
3.2 Estrutura do Tipo Penal 276
3.3 Classificações do Tipo Penal 276
3.3.1 Tipo Normal X Anormal 276
3.3.2 Tipo Congruente X Tipo Incongruente 276
3.3.3 Tipo Simples X Tipo Misto 277
3.3.4 Tipo Fechado (Cerrado) X Tipo Aberto 278
3.3.5 Tipo Preventivo 278
3.3.6 Tipo Penal Doloso X Culposo X Preterdoloso 278
4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 290
4.1 Consumação 290
4.1.2 Iter Criminis 290
4.2. Tentativa (= conatus, crime imperfeito, crime incompleto) 294
5. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ 299
6. ARREPENDIMENTO POSTERIOR 302
7. CRIME IMPOSSÍVEL (ART. 17, CPC) 307
META 6 – REVISÃO SEMANAL 311
DIREITO CONSTITUCIONAL: TEORIA CONSTITUCIONAL 311
DIREITO PROCESSUAL PENAL: INQUÉRITO POLICIAL 312

DIREITO CONSTITUCIONAL: REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS 314

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE I (CONCEITOS GERAIS – CLASSIFICAÇÕES – INÍCIO DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME) 316

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL: LEI DO JECRIM 317

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE II (CONTINUAÇÃO DE "FATO TÍPICO" – TEORIA DO TIPO – ITER CRIMINIS – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, ARREPENDIMENTO EFICAZ E ARREPENDIMENTO POSTERIOR – CRIME IMPOSSÍVEL) 318

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA SEMANA 02		
META	**DIA**	**ASSUNTO**
1	SEG	DIREITO CONSTITUCIONAL: Teoria Constitucional
2	TER	DIREITO PROCESSUAL PENAL: Inquérito Policial
3	QUA	DIREITO CONSTITUCIONAL: Remédios Constitucionais
4	QUI	DIREITO PENAL: Teoria do Crime – Parte I LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL: Lei do Jecrim
5	SEX	DIREITO PENAL: Teoria do Crime – Parte II
6	SÁB	REVISÃO SEMANAL CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA (Anexo)

ATENÇÃO

Gostou do nosso material?

Lembre de postar nas suas redes sociais e marcar o @dedicacaodelta.

Conte sempre conosco.

Equipe DD

Prezado(a) aluno(a),

Caso possua alguma dúvida jurídica sobre o conteúdo disponibilizado no curso, pedimos que utilize a sua área do aluno. Há um campo específico para enviar dúvidas.

META 1

DIREITO CONSTITUCIONAL: TEORIA CONSTITUCIONAL

TODOS OS ARTIGOS
• Art. 3º do ADCT • Arts. 1º a 4º da CF/88 → **saber na ponta da língua. Despenca em prova;** • Art. 34, CF/88 • Art. 60, CF/88 → **saber na ponta da língua. Despenca em prova;** • Arts. 136 e 137, CF/88
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 34, inc. VII, CF/88 • Art. 60, CF/88 (muito importante!)

1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Conforme Bernardo Gonçalves, "estabelecer o conceito de Constituição é, sem dúvida, uma tarefa árdua, pois, conforme iremos observar, o termo é multifacetado, não havendo uma linearidade e univocidade em torno de sua base semântica."

Existem várias concepções ou acepções a serem tomadas para definir o termo "Constituição". Alguns autores preferem a ideia da expressão tipologia dos conceitos de Constituição em várias acepções. Embora existam várias acepções, basicamente os doutrinadores conceituam Constituição como:

> (...) a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes: à estruturação do Estado; à formação dos poderes públicos; forma de governo e aquisição do poder de governar; distribuição de competências e; direitos, garantias e deveres do cidadão.
> (MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª Ed. Editora Atlas, 2000, p. 34) e (HOLTHER. Leo Van. Direito Constitucional. 4ª Ed. Jus Podivm. 2008, p. 34).
>
> **DICA:** para não esquecer o conceito, lembrem-se dos objetivos das constituições, começando pela limitação de poderes e estruturação do Estado.

O conceito moderno de Constituição abrange "ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado" (Gomes Canotilho, ob. cit., p. 52 e texto de José Miguel Garcia Medina).

J. J. Canotilho formulou o chamado conceito ideal de constituição. Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados político liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes:

(a) a constituição deve consagrar um sistema de **garantias da liberdade** (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através dos parlamentos);
(b) a constituição contém o princípio da **divisão de poderes**, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais;
(c) a constituição **deve ser escrita** (documento escrito). (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Edição Revista. Livraria Almedina. Coimbra, 1993, páginas 62 e 63).

Caiu em prova Delegado PR/2021! Assinale a alternativa correta a respeito da teoria da Constituição e de suas classificações: O conceito moderno de Constituição pressupõe uma norma jurídico-política que prevê direitos fundamentais e que organiza os poderes políticos (item considerado correto).

1.1 Concepções do Conceito de Constituição

Não há conceito único que defina o que é a Constituição. Por isso, cada doutrinador toma por base um sentido com o fim de definir o termo "Constituição".

a) Concepção SocioLógica (Ferdinand Lassale, em seu livro ¿Qué es una Constitución?): uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder, do contrário seria uma simples "folha de papel". Portanto, a Constituição, segundo Lassale, seria a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.

b) Concepção PolíTica (Carl SchimiTt): A Constituição seria a decisão política fundamental, emanada do titular do poder constituinte, enquanto a lei constitucional representaria os demais dispositivos que estão inseridos no texto constitucional e que não contém matéria de decisão política fundamental. Faz a distinção entre Constituição (decisão política fundamental) e lei constitucional (lei formalmente constitucional). Conforme Pedro Lenza, "pode-se afirmar, portanto, em complemento, que, na visão de Carl Schmitt, em razão de ser a Constituição produto de certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte."

c) Concepção Jurídica (Hans Kelsen): A Constituição é norma pura, dever-ser, dissociada de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico (Constituição no mundo do dever-ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais). Kelsen dá dois sentidos à palavra Constituição:

- **SENTIDO LÓGICO-JURÍDICO** – a Constituição é a NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL, responsável por dar sustentação ao sistema posto, e é o fundamento de validade de todas as outras leis.

- **SENTIDO JURÍDICO-POSITIVO -** é a Constituição positiva, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, da qual todas as outras normas infraconstitucionais extraem seu fundamento de validade**.** Logo, a Constituição é a lei máxima do direito positivo e encontra-se no topo da pirâmide normativa.
  Esquematizando:

  PLANO LÓGICO-JURÍDICO:
  ■ norma fundamental hipotética
  ■ plano do suposto
  ■ fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva

  PLANO JURÍDICO-POSITIVO
  ■ norma posta, positivada
  ■ norma positivada suprema

d) Concepção Culturalista (Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva): A Constituição é produto de um FATO CULTURAL, produzido pela sociedade e que sobre ela pode influir.

e) Constituição aberta: Para que possa permanecer dentro de seu tempo e, assim, evitar o risco de desmoronamento de sua "força normativa".

PERSPECTIVA DE ANÁLISE DO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO OU DA SUA FUNÇÃO (Gustavo ZAGREBELSKY)

a) Constituição-lei: A Constituição "não está acima do poder legislativo, mas à disposição dele". Nesse sentido, a Constituição é, na verdade, uma lei como qualquer outra.
b) Constituição-fundamento (Constituição-total): Constituição é a lei fundamental, não somente de toda a atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva identifica uma inegável aproximação entre a Constituição dirigente e esse descrito sentido de Constituição-fundamento ou total, já que a Constituição dirigente apresenta uma ideia subjacente, qual seja, a de "fixar um plano de ação para a transformação da sociedade"
c) Constituição-moldura (que Canotilho prefere chamar de Constituição-quadro): Seria uma proposta intermediária entre os dois conceitos trazidos supra, evitando-se a politização excessiva da Constituição-lei (já que a sua concretização fica destinada ao legislador, estando ao seu serviço), ou a judicialização excessiva, decorrente do sentido de Constituição-total (já que ao legislador não sobraria qualquer espaço de atuação, sobrecarregando o Judiciário para verificar se houve ou não abuso).

OUTROS SENTIDOS DE CONSTITUIÇÃO (Uadi Lammêgo BULOS, 2014, p. 104):

a) Constituição Jusnaturalista: Constituição concebida à luz dos princípios do direito natural, principalmente no que concerne aos direitos humanos fundamentais.
b) Constituição Positivista: Constituição é o conjunto de normas emanadas do poder do Estado. Para os seus defensores, basta recorrer ao Direito Constitucional posto pela ação do homem para sabermos o conceito

de constituição. Assim, para a compreensão da constituição, não seriam necessários critérios metanormativos (fatores sociais, políticos, econômicos, culturais, religiosos.

c) Constituição Marxista: Constituição é o produto da supra estrutura ideológica, condicionada pela infraestrutura econômica. É o caso da constituição-balanço, que, conforme a doutrina soviética, prescreve e registra a organização política estabelecida, ou seja, os estágios das relações de poder. A cada passo da evolução socialista, existiria uma nova constituição para auscultar as necessidades sociais.

OBS.: Constituição-balanço é o inverso da constituição-garantia ou constituição-quadro. Esta última é aquela que almeja garantir a liberdade limitando o poder.

d) Constituição Institucionalista: Constituição é a expressão das ideias fortes e duradouras, dos fins políticos, com vistas a cumprir programas de ordem social.

e) Constituição Estruturalista: Constituição é o resultado das estruturas sociais, servindo para equilibrar as relações políticas e o processo de transformação da sociedade. Assim, a constituição não seria apenas certo número de preceitos cristalizados em artigos e parágrafos, e sim uma unidade estrutural, um conjunto orgânico e sistemático de caráter normativo sob inspiração de um pensamento diretor.

f) Constituição Biomédica/biológica (bioconstituição): É a constituição que consagra normas assecuratórias da identidade genética do ser humano, visando reger o processo de criação, desenvolvimento e utilização de novas tecnologias científicas. Visa assegurar a dignidade humana, salvaguardando biodireitos e biobens.

OBS.: A quarta revisão constitucional da Carta portuguesa de 1976, realizada em 1997, consagrou o sentido biomédico de constituição.

Sobre esse tema, confira a dica da Professora Thaianne:

https://youtu.be/03f0hXZ3R_U

g) Constituição Compromissória: É a constituição que reflete a pluralidade das forças políticas e sociais. Típica da sociedade plural e complexa em que vivemos, ela é fruto de conflitos profundos. O procedimento constituinte de elaboração das constituições compromissórias é tumultuado pelas correntes convergentes e divergentes de pensamento, mas que ao fim encontram o consenso (compromisso constitucional).

OBS.: A Constituição brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976 são constituições compromissórias.

h) Constituição Suave: É aquela que não contém exageros. Ao exprimir o pluralismo social, político e econômico da sociedade, não consagra preceitos impossíveis de realização prática. A constituição suave não faz promessas baseadas na demagogia política.

Obs.: A Carta dos Estados Unidos de 1787 é exemplo de constituição suave.

i) Constituição em Branco: É a constituição que não consagra limitações explícitas ao poder de reforma constitucional. O processo de sua mudança subordina-se à discricionariedade dos órgãos revisores, que, por si próprios, ficam encarregados de estabelecer as regras para a propositura de emendas ou revisões constitucionais.

j) Constituição Plástica (Raul Machado Horta): É aquela que apresenta uma mobilidade, projetando a sua forçam normativa na realidade social, política, econômica e cultural do Estado. Qualifica-se de plástica porquanto revela uma maleabilidade. Maleabilidade porque permite a adequação de suas normas às situações concretas do cotidiano. Tanto as cartas rígidas como as flexíveis podem ser plásticas. O que caracteriza a plasticidade é a adaptação das normas constitucionais às oscilações da opinião pública. Normalmente, as constituições plásticas consagram preceitos de eficácia limitada, porque deixam a cargo do legislador ordinário a complexa tarefa de preenchimento das normas constitucionais.

As constituições plásticas pretendem fazer coincidir o "dever ser" de seus preceitos com a realidade social. Nesse particular, interligam-se ao fenômeno da mutação constitucional.

Obs.: A Constituição brasileira de 1988 é rígida e plástica. Já a Carta da Inglaterra é flexível e plástica.

k) Constituição Empresarial: É o conjunto de normas cujo conteúdo estabelece a organização jurídica de uma dada comunidade, num período histórico determinado. É uma espécie de constituição programática. Quando os franceses, holandeses e portugueses estiveram no Brasil-colônia, chegaram a vigorar constituições empresariais, elaboradas por empresas exploradoras da atividade comercial da época.

l) Constituição Oral: É aquela em que o chefe supremo de um povo proclama, de viva voz, o conjunto de normas que deverão reger a vida em sociedade. Exemplifica-a a Carta da Islândia do século IX, quando os vikings instituíram, solene e oralmente, o primeiro parlamento livre da Europa.

m) Constituição Instrumental: É aquela em que suas normas equivalem a leis processuais. Seu objetivo é definir competências, para limitar a ação dos Poderes Públicos.

Obs.: Grande parte dos constitucionalistas contemporâneos não aceitam essa ideia de constituição.

n) Constituição como Estatuto do Poder: Constituição que equivale a um mecanismo para legitimar o poder soberano, segundo certa ideia de direito, prevalecente no seio da sociedade. O texto constitucional, enquanto estatuto do poder, seria o pressuposto lógico do próprio Estado de Direito, servindo para balizar a conduta de governantes, verdadeiros prepostos da sociedade política, e a conduta dos governados, os quais devem se submeter ao poder de direito, juridicizado e racionalizado por meio de normas constitucionais.

SENTIDOS CONTEMPORÂNEOS DE CONSTITUIÇÃO (Uadi Lammêgo BULOS, 2014, p. 109):

a) Constituição Dirigente (J. J. Gomes Canotilho): Constituição que pretende dirigir a ação governamental do Estado. Propõe que se adote um programa de conformação da sociedade, no sentido de estabelecer uma direção política permanente. Significa que o texto constitucional seria uma lei material, para preordenar programas a serem realizados, objetivos e princípios de transformação econômica e social. A ideia de constituição dirigente diverge daquela visão tradicional de constituição, que a concebe como lei processual ou instrumento de governo, definidora de competências e reguladora de processos.

No sentido dirigente, a constituição é o "estatuto jurídico do político", o plano global normativo de todo o Estado e de toda a sociedade, que estabelece programas, definindo fins de ação futura.

OBS.: A constituição brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976 são exemplos de constituições dirigentes.

b) Constituição como instrumento de realização da atividade estatal: O texto maior é uma ordenação global do Estado e da sociedade, ao mesmo tempo que é um projeto de determinação de sua identidade. As constituições são ordens fundamentais que contêm, no âmbito da historicidade que as subjaz, programas de ação que as identificam com ordenamentos político-sociais tendentes a um processo de realização concreto. Esse pensamento nutre forte semelhança com a tese da constituição dirigente, pois propõe o estabelecimento de metas para dirigir a atividade estatal.

c) Constituições subconstitucionais (subconstituições): Conjunto de normas que, mesmo elevadas formalmente ao patamar constitucional, não o são materialmente, pois que limitadas nos seus objetivos. Demonstram preocupações momentâneas, interesses esporádicos, próprios do tempo em que foram elaboradas. Em geral, as subconstituições não servem para o futuro, pois já nascem divorciadas do sentido de estabilidade e perpetuidade que deve encampar o ato de feitura dos documentos supremos que pretendem ser duradouros. Revelam uma espécie de constituição de necessidade, algo contrário àqueles documentos normativos que consagram um poder geral em branco, responsável pela adaptação dos problemas concretos ao "dever ser" das prescrições supremas do Estado, sem a necessidade de se explicitarem as autorizações constitucionais.

As subconstituições decorrem da praxe de incluir uma gama infindável de matérias nas constituições (totalitarismo constitucional), a ponto de se falar em constituição econômica, constituição social etc.

d) Constituição como documento regulador do sistema político (Niklas Luhmann): A Carta Magna é um instrumento funcional que serve para reduzir a complexidade do sistema político. Nesse contexto, propicia a reflexão da funcionalidade do Direito, abandonando o exame isolado da relação de hierarquia das normas constitucionais. Conforme Luhmann, urge banir a mera visão negativa da análise dos problemas constitucionais. Não basta perquirir o vínculo de conformidade ou desconformidade das leis e atos normativos com a constituição. É imperioso que se busque a lógica do sistema político. As constituições não servem, somente, para emitir juízos de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Constituem algo maior, visto que estão inseridas no campo da contingência de auto fixação do sistema político.

e) Constituição como processo público (Peter Haberle): Compreende o texto constitucional como documento de uma sociedade pluralista e aberta, como obra de vários partícipes, como uma ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. Para essa corrente, as constituições não são atos voluntarísticos do poder constituinte, porque dizem respeito à evolução social da comunidade. Assim, o texto constitucional é o reflexo de um processo interpretativo aberto e conduzido à luz da força normativa da publicidade.

f) Constituição como meio de resolução de conflitos: É uma constituição processual. Essa constituição não é um meio de resolver problemas, e sim um simples instrumento pelo qual podemos eliminar conflitos. Isso porque as constituições consagram processos de decisão que não podem ser impostos, pois servem de parâmetro de resolução de casos concretos perante circunstâncias particulares, a fim de possibilitar soluções ótimas.

g) Constituição como garantia do *status* econômico e social: É um sistema de artifícios técnico-jurídicos, com vistas à racionalização e garantia do *status quo*, consistindo num mecanismo formal de garantia, despojado de qualquer conteúdo social, material ou econômico. Objetiva, apenas, manter o coeficiente de juridicidade e de estadualidade do ordenamento jurídico.

h) Constituição.com (*crowdsourcing*): É aquela cujo projeto conta com a opinião maciça dos usuários da internet, que, por meio de sites de relacionamento, externam seus pensamentos a respeito dos temas a serem constitucionalizados.
Obs.: Foi a Islândia que, pioneiramente, fez no ano de 2011 uma "constituição.com".

CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA (Marcelo Neves)

O doutrinador Marcelo Neves entende que a ideia de legislação ou de constituição simbólicas advém da hipertrofia da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, em detrimento da função jurídico-instrumental, ou seja, **é valorizar mais uma construção legislativa sem efetividade do que dar possibilidade de a legislação se tornar efetiva.**
O simbolismo se verifica por três mecanismos:

- A Constituição serve tão-somente para **confirmar valores sociais:** legislador assume uma posição em relação a determinado conflito social. Se posiciona de um lado, dando uma vitória legislativa para um determinado grupo social, em detrimento da eficácia normativa da lei;
- A Constituição apenas demonstra a capacidade de ação do Estado (**legislação álibi**): busca-se aparente solução para problemas da sociedade, ainda que mascare a realidade. Só cria a imagem de um Estado que responde rapidamente aos anseios sociais. Introduz um sentimento de bem-estar na sociedade.
- Adiamento da solução de conflitos sociais através de **compromissos dilatórios**: transfere a solução de conflitos para um futuro indeterminado.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

a) Quanto à origem ou positivação:

- **Outorgada, não democrática ou imposta**: impostas pelo detentor do poder de forma unilateral (adverte-se que as os diplomas que dão início a uma ordem constitucional de maneira arbitrária e imposta, isto é, sem participação da população, é denominada de "CARTA");
  Obs. No Brasil, as Constituições outorgadas foram as de 1824 (Império), 1937 (inspirada em modelo fascista, extremamente autoritária — Getúlio Vargas), 1967 (ditadura militar), sendo que alguns chegam inclusive a mencionar como exemplo de outorga a EC n. 1/69 (apesar de tecnicamente impreciso).
- **Promulgada, democrática, votada ou popular**: nascem de debates políticos;
- **Cesarista ou plebiscitárias (ou bonapartistas)** : as constituições outorgadas submetidas a plebiscito ou referendo na tentativa de aparentarem legitimidade são denominadas de constituições cesaristas (NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2009, 3ª ed. p. 108). Em outras palavras, cesarista é a constituição em que a participação popular se restringe a ratificar a vontade do detentor do poder. Veja que a participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder.

- **Pactuada (ou dualistas)**: é a Constituição elaborada em decorrência de pacto realizado entre os vários titulares do Poder Constituinte que, em conjunto, elaboram a Constituição.

Conforme Pedro Lenza, **qual a diferença entre "Constituição" e "Carta"?** De modo geral, Constituição é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental promulgada, democrática ou popular, que teve a sua origem em uma Assembleia Nacional Constituinte. Já Carta é o nome reservado para aquela Constituição outorgada, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário mediante ato arbitrário e ilegítimo.

b) Quanto à forma:

- **Escritas ou instrumental:** é a Constituição sistematizada por procedimento formal;
- **Não escritas ou consuetudinária:** resultante das práticas costumeiras.

Como o tema foi cobrado (CESPE/2022/PC-RJ/Delegado de Polícia):
O triunfo do liberalismo, movimento econômico, político e filosófico surgido durante o século XVIII, inspirado no Iluminismo, levou a uma significativa alteração nas feições do modelo estatal absolutista até então em vigor. Em especial no campo econômico, passou-se a difundir a não intervenção do Estado (laissez-faire), além de, na seara política, considerá-la como necessária, devendo o poder ser repartido e limitado com o objetivo de evitar quaisquer abusos em seu exercício. A respeito das diversas fases na evolução do constitucionalismo, assinale a opção correta.
d) A Revolução Francesa pode ser considerada uma referência para o surgimento das constituições escritas, ao ter defendido, de maneira expressa, que o Estado estivesse formalizado em um documento escrito que previsse a separação do poder estatal e uma declaração de direitos do homem.

c) Quanto à mutabilidade/alterabilidade/estabilidade/consistência:

- **Rígidas**: o processo de alteração da Constituição é mais difícil e solene do que o processo de formação das leis;
- **Flexíveis ou Plásticas:** a Constituição é alterada pelo mesmo processo utilizado para as leis ou até mais simples;

  💣 **Atenção:** NÃO necessariamente as Constituições costumeiras serão plásticas.
- **Semirrígida:** é a Constituição que exige que apenas uma parte do seu texto seja alterado por processo legislativo diferenciado e mais dificultoso. Quanto ao restante do texto, é possível a alteração pelo procedimento ordinário;
- **Super-rígidas** (Maria Helena Diniz): o processo de alteração da Constituição é mais dificultoso e solene do que o processo de formação das leis, possuindo pontos imutáveis;
- **Imutáveis:** a Constituição não admite alteração do seu texto;
- **Fixa:** somente o Poder Constituinte Originário pode alterar o texto constitucional.

A classificação mais comum das constituições que leva em conta o grau de dificuldade de seu processo de reforma diferencia as constituições em rígidas, semirrígidas e flexíveis. As primeiras são aquelas cuja reforma exige um procedimento especial, mais rigoroso do que o aplicável às leis ordinárias. As flexíveis são pouco comuns e caracterizam-se por poderem ser alteradas pelos mesmos procedimentos empregados para as leis ordinárias. As semirrígidas têm natureza híbrida, com uma parte rígida e outra flexível, segundo

o que se explicou. BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro eletrônico, p. 35 e s., item 1.3 [Constituição e classificações].

d) Quanto ao conteúdo:

- **Formais**: constituição é tudo aquilo que está inserido no texto elaborado pelo Poder Constituinte, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene do que o processo de formação das demais leis que compõem o ordenamento jurídico. Dessa forma, como não importa o conteúdo da norma, será constitucional tudo que constar do texto da Constituição, mesmo que não se trate de assunto relevante para o Estado e a sociedade;

Conforme Lenza, "Formal, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional. A brasileira de 1988 é formal!"

- **Materiais:** leva em consideração o conteúdo da norma para defini-la como constitucional, que será toda aquela que define e trata das regras estruturais da sociedade e de seus alicerces fundamentais. Assim, podem existir normas constitucionais em textos esparsos, fora da Constituição. **Ou seja, o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da Sociedade.**

De acordo com Lenza,

> Materialmente constitucional será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Como exemplo podemos citar a Constituição do Império do Brasil, de 1824, que, em seu art. 178, prescrevia ser constitucional somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades referidas (nos arts. 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias.

Toda constituição escrita é formal? NÃO, porque a **constituição formal vai muito além de ser escrita**, exigindo **supralegalidade/supremacia e procedimentos especiais para modificação**. Logo, é possível uma constituição escrita (textos constitucionais) que não seja formal (não goza de processo legislativo especial para sua alteração).

e) Quanto à sistemática (Pinto Ferreira):

- **Reduzidas:** materializam-se em um único documento sistemático;
- **Variadas:** é a Constituição que está espalhada por vários documentos legislativos).

f) Quanto à ideologia:

- **Ortodoxas:** elaboradas em uma única linha ideológica;
- **Ecléticas:** elaboradas com várias linhas ideológicas, a exemplo da CF/88.

Nas palavras de Canotilho, "numa sociedade plural e complexa, a Constituição é sempre um produto do 'pacto' entre forças políticas e sociais. Através de 'barganha' e de 'argumentação', de 'convergência' e

'diferenças', de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários 'compromissos constitucionais'.

g) Quanto à eficácia (Karl Lowenstein) – **Classificação ontológica/essência**, pois analisa o MODO DE SER das Constituições, conforme adequação à realidade social e política (o critério utilizado é a forma de correspondência recíproca entre a norma da constituição e o poder político do Estado -processo de poder).

- **Normativas** (máxima eficácia, regulando todos os aspectos da vida social): são aquelas em que o poder estatal está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental. Se adequa à realidade, eis que pretende e consegue guiar o processo político. O texto se alinha com a realidade política;
- **Nominalistas**: visa limitar a atuação dos detentores do poder econômico, político e social, mas essa limitação NÃO se efetiva. Não corresponde à realidade, já que, apesar de pretender regular o processo político, NÃO consegue fazê-lo. Não conseguem ser implementadas pois em descompasso com a realidade política;
- **Semânticas** (existe só no papel, não sendo adequada à realidade social): a Constituição serve de manutenção do poder pela classe dominante, mas NÃO objetiva alterar coisa alguma. Não tem por fim regular a vida política do Estado, busca somente formalizar e manter o poder político vigente.

Segundo Pinto Ferreira, "as **Constituições normativas** são aquelas em que o processo de poder está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental. As **Constituições nominalistas** contêm disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional. Enfim, as **Constituições semânticas são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo"**. Isso quer dizer que da normativa à semântica percebemos uma gradação de democracia e Estado Democrático de Direito para autoritarismo. Enquanto nas Constituições normativas a pretendida limitação ao poder se implementa na prática, havendo, assim, correspondência com a realidade, nas nominalistas busca-se essa concretização, porém, sem sucesso, não se conseguindo uma verdadeira normatização do processo real do poder. Nas semânticas, por sua vez, nem sequer se tem essa pretensão, buscando-se conferir legitimidade meramente formal aos detentores do poder, em seu próprio benefício (Lenza, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Saraiva).

Caiu na prova Delegado SP/2022! A Constituição normativa é a que logra ser fielmente cumprida por todos os interessados, limitando, efetivamente o poder, enquanto a semântica é a formalização do poder de quem o detém no momento (item correto).

Caiu na prova Delegado BA/2022! Acerca da classificação das Constituições quanto à correspondência com a realidade, Karl Loewenstein distinguiu as Constituições normativas, nominalistas e semânticas. Sobre o

assunto, assinale a alternativa que apresenta a definição de Constituições Semânticas: Constituições que são simples reflexo da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo (item correto).

h) Quanto à extensão:

- **Constituição Sintética (concisas, breves, sumárias, sucintas, básicas):** é Constituição reduzida, sucinta, a exemplo da norte-americana;
- **Constituição Analítica (amplas, extensas, largas, prolixas, longas, desenvolvidas, volumosas, inchadas):** é Constituição extensa e prolixa, a exemplo da CF/88.

i) Quanto às opções políticas (Manoel Gonçalves Ferreira Filho)

Outra classificação opõe as **constituições-garantia** (**estatutárias** ou **liberais**) às **constituições programáticas** (ou **dirigentes**), conforme a margem de opções políticas que deixam ao alvedrio dos Poderes Públicos que instituem.

As **constituições-garantia**, tendem a concentrar a sua atenção normativa nos aspectos de **estrutura do poder**, cercando as atividades políticas das condições necessárias para o seu correto desempenho. Aparentemente, não fazem opções de política social ou econômica.

As **constituições dirigentes** não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também **traçam metas, programas de ação e objetivos** para as atividades do Estado nos **domínios social, cultural e econômico**.

De toda sorte, **associa-se a constituição-garantia a uma concepção liberal** da política, enquanto a **constituição programática remete-se ao ideário do Estado social** de direito.

A Constituição brasileira de 1988 tem induvidosa **propensão <u>dirigente</u>**.

Caiu na prova Delegado AL/2023! A ideia de constituição dirigente representa a concepção de que a constituição de um país deve ser instrumento de transformação da realidade social e econômica (item correto)

Em suma: A Constituição garantia busca garantir a liberdade, limitando o poder; a balanço reflete um degrau de evolução socialista e a dirigente estabelece um projeto de Estado (ex.: portuguesa).

CLASSIFICAÇÃO DA CF	
Origem	Promulgada (Popular)
Forma	Escrita
Extensão	Analítica (Prolixa)
Conteúdo	Formal
Modo de elaboração	Dogmática (Codificada)
Alterabilidade	Rígida*(para alguns autores ela é super-rígida, em razão do art. 60, § 4°, da CR/88)
Sistemática	Reduzida (unitária)
Dogmática	Eclética

BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o professor Lenza, a brasileira de 1988, em um primeiro momento, como aponta Pinto Ferreira, seria reduzida, codificada ou unitária. Contudo, especialmente diante da ideia de "bloco de constitucionalidade", parece caminharmos (de maneira muito tímida, ainda) para um critério que se aproxima de Constituição esparsa (legal ou escrita não formal — escrita e que se apresenta fragmentada em vários textos), especialmente diante da regra contida no art. 5.º, § 3.º, que admite a constitucionalização dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos que forem incorporados com o quórum e procedimento das emendas constitucionais.

Ainda, existem vários artigos de emendas constitucionais que não foram introduzidos no "corpo" da Constituição e, permanecendo como artigo autônomo das emendas, sem dúvida, têm natureza constitucional e, portanto, eventual lei que contrarie artigo de emenda constitucional poderá ser declarada inconstitucional, servindo a emenda como paradigma de confronto. Outro exemplo interessante é a EC n. 91/2016, que, sem introduzir qualquer artigo, seja no corpo ou mesmo no ADCT, alterou regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, estabelecendo a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação, sem prejuízo do mandato.

Cabe alertar, contudo, que apesar dessa percepção, de modo geral, as provas de concursos vêm definindo a brasileira de 1988 como reduzida.

Caiu em prova Delegado GO/2018! A Constituição Federal brasileira de 1988 classifica-se quanto à origem, ao modo de elaboração, à alterabilidade, à dogmática e ao critério ontológico de Karl Loewenstein, respectivamente, em: promulgada, dogmática, rígida, eclética e normativa (item correto).

j) Outras terminologias:

Constituição moldura (que Canotilho prefere chamar de Constituição-quadro): para Marcelo Novelino tal concepção é "utilizada metaforicamente para designar a constituição que serve apenas como **limite à atuação legislativa**. A lei fundamental atua como uma espécie de **moldura dentro da qual o legislador pode atuar, preenchendo-a conforme a oportunidade política**. À jurisdição constitucional caberia apenas controlar 'se' (não 'como') o legislador atuou dentro da moldura estabelecida".

As **Constituições fixas** foram exemplos de constituições em branco. Constituições fixas são aquelas que **não estabelecem, expressamente, o procedimento para sua reforma**. Logo, somente podem ser **alteradas por um poder de competência igual àquele que as criou,** isto é, **poder constituinte originário**. Ex.: Estatuto do Reino da Sardenha de 1848.

Conforme observa Canotilho, entre as novas avançadas sugestões da moderna teoria da Constituição está a denominada por Zagrebelsky **Constituição dúctil ou maleável, suave** (Costituzione mite), "para exprimir a necessidade de a Constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e refletir o pluralismo social, político e econômico. Neste sentido, a uma Constituição caberá a tarefa básica de assegurar apenas as condições possibilitadoras de uma vida em comum, mas já não lhe pertence realizar diretamente um projeto predeterminado dessa vida comunitária. As Constituições concebem-se, pois, como plataformas

de partida para a realização de políticas constitucionais diferenciadas que utilizem em termos inventivos os 'vários materiais de construção' semeados nos textos constitucionais". (LENZA, Pedro)

3. ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO

Conforme classificação elaborada por José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser diferenciadas em elementos, considerando-se estrutura normativa e conteúdo:

- **Elementos orgânicos**: regulamentam a estrutura do Estado e do Poder;
- **Elementos limitativos:** limitam a atuação do poder estatal, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais;
- **Elementos socioideológicos:** identificam a ideologia adotada pelo constituinte;
- **Elementos de estabilização constitucional**: asseguram a vigência das normas constitucionais em situação de conflito, garantem a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas;
- **Elementos formais de aplicabilidade**: estabelecem regras de aplicação da Constituição. Ex: Preâmbulo, ADCT.

ELEMENTOS ORGÂNICOS	São as normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder.	Temos como exemplos, na CR/88: a) Título III (Da organização do Estado); b) Título IV (Da organização dos Poderes e do Sistema de Governo) c) Capítulos II e III do Título V (Das Forças Armadas e da Segurança Pública); d) Título VI (Da Tributação e do Orçamento);
ELEMENTOS LIMITATIVOS	São normas que compõem o catálogo de direitos e garantias individuais (direito individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos) e que estabelecem limitações aos Poderes Públicos.	Temos como exemplos, na CR/88: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais, exceto o Capítulo II dos Direitos Sociais).
ELEMENTOS SOCIOIDEOLÓGICOS	São normas que guardam relação com o compromisso da Constituição e se situam no limiar entre o Estado individualista e o Estado intervencionista.	Temos como exemplos, na CR/88: a) Capítulo II do Título II (Dos Direitos Sociais); b) Título VII (Da ordem Econômica e financeira); c) Título VIII (Da Ordem social).

ELEMENTOS DE ESTABILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	São normas destinadas e direcionadas a assegurar a resolução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas.	Temos como exemplos, na CR/88: a) Da Intervenção Federal nos Estados e no DF e dos Estados nos Municípios nos artigos 34/36; b) Processo de Emendas à Constituição no art.60; c) Defesa do Estado e das Instituições Democráticas especificamente no Capítulo I do Título V (Estado de sítio e Estado de defesa); d) Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 102, I, a.
ELEMENTOS FORMAIS DE APLICABILIDADE	São as normas que estabelecem as regras de aplicação das Constituições.	Temos como exemplos, na CR/88: a) preâmbulo; b) disposições constitucionais transitórias, entre outras, além do§ 1° do art. 5° de nossa atual Constituição; c) art. 5.º, § 1.º, quando estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

4.1. Constitucionalismo

O constitucionalismo é o movimento a partir do qual emergem as Constituições. Parte da noção de que todo Estado deve possuir uma Constituição. A ideia é GARANTIR DIREITOS para LIMITAR O PODER ESTATAL. Contrapõe-se ao absolutismo.

> "As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, **o modo e aquisição do poder e a forma de seu exercício**, os limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais". SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

FASES:

a) CONSTITUCIONALISMO ANTIGO: é o da Antiguidade Clássica, com a ideia de garantir direitos para limitar o poder, evitar o arbítrio.

- Hebreus: estabelecimento no estado teocrático de limitações ao poder político através da legitimidade dos profetas para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.
- Idade Média: Carta Magna de 1215 – estabelece a proteção a direitos individuais.

b) CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO (LIBERAL): século XVIII

- Surge a 1ª geração de direitos fundamentais (liberdade): direitos civis e políticos. Exigem abstenção do Estado.
- Separação de Poderes.
- CF rígida e supremacia da CF.
- O Poder Judiciário é o principal encarregado de garantir a supremacia da CF Surgem as primeiras Constituições escritas.

Quadro europeu: o reconhecimento do valor jurídico das Constituições tardou na Europa. Os movimentos liberais (século XVIII) enfatizam o princípio da supremacia da lei e do parlamento. A Constituição NÃO era norma vinculante, embora esse entendimento já começasse a ser desenvolvido nos EUA.

Nessa fase, há uma diferença entre o quadro europeu e o americano:

QUADRO EUROPEU	QUADRO AMERICANO
Supremacia da lei e do parlamento	Supremacia da Constituição
O Judiciário NÃO pode controlar a legitimidade constitucional das leis, limitando-se a ser a "boca da lei" (Supremacia do parlamento)	Para acentuar a supremacia do Poder Constituinte, adotou-se procedimento mais dificultoso e solene de mudança da Constituição.
A primazia da Constituição só ocorreu a partir do fim da 2ª guerra mundial (redemocratização). Supremacia do Poder Constituinte.	Para garantir a efetiva supremacia da Constituição, cresceu o papel do controle judicial: ao Judiciário cabe fazer a interpretação final e aplicar a Constituição (judicial review).

c) CONSTITUCIONALISMO MODERNO (SOCIAL): após o fim da 1ª Guerra Mundial até o início da segunda.

- Exigem atuação positiva do Estado (Estado Social, intervencionista, prestador de serviço público).
- Crise do liberalismo diante das demandas sociais que abalaram o século XIX. O abstencionismo estatal não garantia a igualdade essencial para a existência de igualdade de competições.
- Consagração dos direitos fundamentais de 2ª dimensão: gravitam em torno do valor IGUALDADE, mas não meramente formal e sim a IGUALDADE MATERIAL (direitos sociais, econômicos e culturais). Possuem um caráter positivo: exigem uma prestação do Estado. Surgem garantias institucionais.
- Adoção do Estado Social: o Estado transforma-se em prestador de serviços, intervindo no âmbito social, econômico e laboral.

d) CONTEMPORÂNEO: após o fim da 2ª Guerra Mundial.

- Surgem os direitos fundamentais de 3ª geração (fraternidade): direitos transindividuais, como meio ambiente, comunicação, consumidor.

- **Alguns o chamam de neoconstitucionalismo. Outros diferenciam:**
    - No constitucionalismo contemporâneo, a hierarquia entre Constituição e lei é apenas formal: o foco é a limitação do poder estatal.
    - No neoconstitucionalismo, a hierarquia é de grau e axiológica (tem que observar espírito e valores da CF): o foco é a concretização dos direitos fundamentais.

Caracteriza-se pelas Constituições garantistas, que tem como pilar a defesa dos direitos fundamentais.

Período marcado pelas CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES, que prescrevem programas a serem implementados pelos Estados, normalmente por meio de normas programáticas.

4.2 Neoconstitucionalismo

Foi objeto da prova discursiva de Delegado do Espírito Santo em 2019.

A doutrina passa a desenvolver, a partir do pós-2ª Guerra Mundial, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, buscar a eficácia da Constituição.

> "O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das **prestações materiais prometidas pela sociedade**, servindo como ferramenta para a implantação de um **Estado Democrático Social de Direito**. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: **a)** positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; **b)** onipresença dos princípios e das regras; **c)** inovações hermenêuticas; **d)** densificação da força normativa do Estado; **e)** desenvolvimento da justiça distributiva". (Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019).

MARCOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO (LUÍS ROBERTO BARROSO):

1) **Marco histórico:** a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX;
2) **Marco filosófico:** o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e
3) **Marco teórico:** o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO:

- BUSCA EFICÁCIA DA CF E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS;

- PÓS-POSITIVISMO: o positivismo tinha permitido barbáries com base na lei. Veio, então, o pós-positivismo (o direito deve ter um conteúdo moral, vai além da legalidade estrita. Não basta apenas respeitar a lei, tem que observar os princípios da moralidade e da finalidade pública);
- NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: a Constituição Federal era documento político. Com o neoconstitucionalismo, passa a ser documento JURÍDICO, com força vinculante;
- FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: as normas constitucionais têm aplicabilidade direta (conforme sua densidade jurídica), os direitos irradiam da CF;
- CENTRALIDADE DA CONSTITUIÇÃO: a CF é o epicentro do ordenamento jurídico. Tem supremacia formal e material. Consequências:
    - **Constitucionalização do direito:** normas de outros ramos do direito estão na Constituição Federal e há releitura dos institutos previstos na legislação infraconstitucional à luz da Constituição;
    - **Filtragem constitucional**: há interpretação da lei à luz da Constituição Federal. Segundo a interpretação conforme a CF, passa a lei no filtro da CF para extrair seu sentido constitucional. Para Luís Roberto Barroso, toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional. Nas palavras do professor Marcelo Novelino: "na interpretação conforme, exclui-se uma interpretação do dispositivo que seja possível, mas que, se empregada, violaria a Constituição. Seria, no caso, um tipo de situação constitucional imperfeita (ADI 2415)".
- REMATERIALIZAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES: surgem Constituições prolixas, com extenso rol de direitos fundamentais;
- MAIOR ABERTURA NA INTERPRETAÇÃO: os princípios deixam de ser meras diretrizes e passam a ser espécies de norma;
- FORTALECIMENTO DO JUDICIÁRIO: o Judiciário irá garantir a supremacia da Constituição Federal. É o ativismo judicial, postura mais ativa do Judiciário na implementação dos direitos. O Judiciário passa a atuar como legislador positivo.

4.3 O papel da Constituição em um Estado Democrático de Direito

Frequentemente se cogita qual seria o papel da **Constituição** em um Estado de Direito.

1) Para a teoria procedimentalista (Jürgen Habermas):

A Constituição deve se limitar à **regulação formal do processo democrático**, sem estabelecer de antemão quais as metas ou valores substantivos a serem perseguidos por aquela sociedade. Para esta concepção, uma vez assegurado um procedimento democrático, caberá à própria sociedade compreender seus problemas e encontrar soluções, por meio de processos comunicacionais. De fato, para a "**teoria do agir comunicativo**" de Habermas, o direito deve ser construído a partir desta **interação intersubjetiva entre os cidadãos na esfera pública**, de modo que a legitimidade das normas repousaria no "princípio do discurso", isto é, na possibilidade de que todos seus destinatários com elas consintam.

2) Para a teoria substancialista:

Defende que a Constituição deve **consagrar metas e valores** a serem perseguidos por aquela sociedade, traduzindo-se em uma **Constituição dirigente**, na expressão de **Canotilho**. Tal vertente critica,

ainda, a concepção liberal do Estado de Direito pregada pelo constitucionalismo clássico, que defendia que a Constituição deveria se restringir à previsão de normas limitadoras do poder político. Tais normas correspondem aos chamados "direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão", tais como os direitos civis e políticos, que tinham como fundamento impor ao Estado um dever negativo, de abstenção e não intervenção na esfera particular.

O mencionado viés liberal guarda estreita relação com a **filosofia jus positivista**, que encontrou seu auge nos pensamentos de **Hans Kelsen** e a sua obra "Teoria Pura do Direito". Para ele, a ciência do Direito deve ser pura, isto é, **abdicar de reflexões metajurídicas**, tais como as relativas à ética, à moral e à justiça, de modo que o objeto de estudo deve se limitar às normas estatais. A análise da validade de uma norma não passaria, portanto, pela aferição de sua justiça ou aderência social, mas pela constatação da **legitimidade de seu processo criador** e da sua **conformidade com as normas hierarquicamente superiores**. Isto porque o ordenamento seguiria um escalonamento na forma de uma **pirâmide**, no topo da qual estariam as normas constitucionais e, acima delas, uma **norma fundamental hipotética**, pressuposta. Seria um **sistema fechado de normas**, portanto, e com pretensão à completude. Nesta configuração reducionista do fenômeno jurídico, o juiz deveria se limitar a realizar um procedimento formal de subsunção do fato à norma, colocando-se em posição de **neutralidade axiológica**. Ou seja, exerceria o papel de "**boca da lei**", conforme expressão de **Montesquieu**.

A História cuidou de mostrar as **falhas conceituais do juspositivismo**. Fenômenos como o **nazismo** e o **apartheid**, desenrolados sob o manto da estrita legalidade, evidenciaram que a pretensa neutralidade do discurso jurídico e seu divórcio de reflexões éticas criaram ambiente fértil para a barbárie, a injustiça e a intolerância.

O fracasso do juspositivismo, tal como concebido originalmente, suscitou reflexões sobre a necessidade de **trazer as discussões sobre ética, moral e justiça para o interior da ciência jurídica**. A este ideário difuso se convencionou chamar de **pós-positivismo**. Os seus reflexos no campo constitucional formam o assim denominado **neoconstitucionalismo**. Para esta concepção, a Constituição, longe de apenas limitar o poder político, deve ter como foco a **concretização de direitos fundamentais** (**efeito expansivo dos direitos fundamentais**). Não basta prevê-los, como meras aspirações. Deve-se ultrapassar a retórica, pois a Constituição tem força normativa e deve ser implementada.

Portanto, para esta concepção, as normas se dividem entre regras e princípios, pois estes não são meras aspirações sem caráter vinculativo.

☠ **Foi objeto de cobrança da 2ª Fase de Delegado do Rio Grande do Sul (2018)**

- **Regras**: são as normas com conteúdo menos abstrato, que já estabelecem, de antemão, soluções pré-definidas para cada situação. Sua aplicação se dá, portanto, pelo **juízo de "tudo ou nada"** (expressão de **Ronald Dworkin**): em um caso concreto, ou serão satisfeitas ou não serão. Por isso, **Robert Alexy** as reputa "**mandados de definição**". Sua aplicação se dá por **subsunção**.
- **Princípios**: são os vetores axiológicos que fundamentam o ordenamento jurídico, tendo, por isso, **caráter nomogenético**. Têm certa **abstração** e **alta carga axiológica**, não precisando estar positivados para terem força normativa, vinculativa. É por meio deles que a ética e a moral ingressam no ordenamento. Alexy os reputa "**mandados de otimização**", porque, em caso de conflito entre

eles, cada um deverá ser satisfeito no maior grau possível, pela **técnica da ponderação/sopesamento**, fundada na proporcionalidade.

Superando a antiga visão do discurso jurídico como uma racionalidade neutra, objetiva, imparcial, asséptica, visão esta que apenas se presta à conformação ao *status quo* e à manutenção das desigualdades, **cabe ao juiz promover uma interpretação prospectiva da norma**, que olhe para o futuro, e dela extrair seu **potencial transformador**. Uma interpretação, portanto, que concretize os valores consagrados pelo texto constitucional, para que não sejam "promessas constitucionais inconsequentes" (feliz expressão do Ministro do STF Celso de Mello), normas meramente programáticas, retóricas.

Faz-se necessário, portanto, desenvolver uma compreensão crítica do direito e da realidade, **desconstruindo a pretensa neutralidade do discurso jurídico**, para reconstruí-lo como **ferramenta de emancipação**.

Dessa forma, o Judiciário atenderá à sua **missão constitucional de concretização de seus vetores axiológicos** e exercerá **papel ativo** na construção de uma sociedade tal qual prometida pelo Texto Maior: fraterna, justa, igualitária. Enfim, uma sociedade que realize a finalidade por excelência de um Estado de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, em que o Poder Judiciário passa a ser coparticipante do processo constitucional, questiona-se acerca da legitimidade do chamado "ativismo judicial" na consecução de políticas públicas, já que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pela vontade da maioria.

Para ser legítimo, o ativismo judicial deve ser excepcional (observar a separação de poderes) e condicionado (observar o dever de argumentação). A partir dos requisitos para legitimidade do ativismo judicial, é possível que o advogado público erija tese em sentido contrário, defendendo que a atuação judicial, na espécie, é ilegítima, por:

1) violar o postulado da Separação dos Poderes;
2) não se sustentar em norma constitucional ou legal;
3) ser casuística; ou
4) descambar em problema ainda maior do que o veiculado na lide.

Consignadas tais limitações, vê-se, portanto, que o ativismo judicial não pode descambar para o arbítrio judicial, que, a pretexto de imprimir juridicidade às normas constitucionais, especialmente os princípios, finda por relegar a um segundo plano a segurança jurídica e a democracia.

Segundo Daniel Sarmento, "no Brasil, uma crítica que tem sido feita à recepção do neoconstitucionalismo – eu mesmo a fiz em vários textos, bem como outros autores, como Humberto Ávila e Marcelo Neves – é a de que ele tem dado ensejo ao excessivo arbítrio judicial, através do que chamo de "carnavalização dos princípios constitucionais" (guarde essas expressões).

5. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Segundo o Doutrinador José Afonso da Silva, as normas Constitucionais podem possuir eficácia plena, contida ou limitada:

- **Normas Constitucionais de eficácia Plena:** são as que não necessitam de complementação para que possam produzir efeitos, tais normas possuem aplicabilidade imediata e integral;
- **Normas Constitucionais de eficácia contida (ou prospectiva):** são as que também possuem aplicabilidade imediata e integral, por não necessitarem de complementação, no entanto podem ter sua abrangência reduzida por norma infraconstitucional. São autoaplicáveis, mas se inserem na discricionariedade do legislador. Exemplos: os artigos: 5º, incisos XIII (sobre a regulamentação de profissões) e VIII (escusa de consciência):

> Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
> Art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

- **Normas Constitucionais de eficácia Limitada:** são as que necessitam de integração por norma infraconstitucional para que possam produzir efeitos jurídicos.

São normas que têm aplicabilidade apenas indireta ou mediata, pois dependem de complementação infraconstitucional para possuírem aplicabilidade direta.

No entanto, mesmo sem sua regulamentação, tais normas produzem, mesmo que de forma mínima, efeitos jurídicos, como o de vincular o legislador.

José Afonso da Silva entende que há dois tipos de normas limitadas:

- **Normas de princípio institutivo ou organizativo**: contém o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação e estruturação a cargo de lei ordinária ou complementar. Exemplos: art. 18, §2º da CF e art. 25, §3º da CF.

> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.
> § 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.
>
> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
> § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

- **Normas de princípio programático:** normas através das quais o constituinte, ao invés de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos. – **Tais normas NÃO dispõem de**

aplicabilidade imediata, mas possuem carga eficacial, ante o princípio da força normativa da Constituição. Exemplos: artigos 196; 205; 217; 218 todos da CF/88.

> 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.
>
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:
> I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
> II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
> III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;
> IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.
>
> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação

ATENÇÃO - <u>CLASSIFICAÇÃO DE MARIA HELENA DINIZ:</u> a autora incluiu mais uma espécie na classificação acima apontada, afirmando a existência de normas constitucionais de **<u>eficácia absoluta ou super eficazes</u>**, que são as cláusulas pétreas, ou seja, aquelas normas que não podem ser retiradas nem mesmo por emenda constitucional.

Cláusulas pétreas são normas constitucionais com proteção adicional além das demais normas de uma constituição rígida. Caracterizam-se por imutabilidade ou semi-imutabilidade. No caso brasileiro, as cláusulas pétreas não são imutáveis, mas não podem ser objeto de emenda constitucional que tenda a abolí-las, como dispõe o art. 60 da Constituição, ou seja, seu núcleo essencial precisa ser preservado. Para ser classificada como rígida, uma constituição não precisa de cláusulas pétreas, pois basta que tenha processo especial de reforma para ser considerada dessa espécie. As cláusulas pétreas são uma opção adicional que o constituinte originário adota na proteção de certos tópicos constitucionais. BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro eletrônico, p. 35 e s., item 1.3 [Constituição e classificações].

6. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

6.1. Hermenêutica x Interpretação Jurídica

Hermenêutica: é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação;

Interpretação: atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e alcance dos enunciados normativos. Cumpre à interpretação construir a norma. Envolve duas atividades:

- Desvendar/ construir o sentido do enunciado normativo;
- Concretizar o enunciado.

É importante compreender a hermenêutica constitucional porque, segundo o autor Pedro Lenza,

> As Constituições devem ser interpretadas, função essa atribuída ao exegeta, que buscará o real significado dos termos constitucionais. Tal função é extremamente importante, na medida em que a Constituição dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico (Kelsen). Assim, devemos decifrar o seu verdadeiro alcance, a fim de sabermos, por consequência, a abrangência de uma norma infraconstitucional.
>
> O hermeneuta, dessa forma, levando em consideração a história, as ideologias, as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado, definirá o verdadeiro significado do texto constitucional.

6.2 Interpretação Jurídica x Interpretação Constitucional

A interpretação jurídica é gênero do qual a interpretação constitucional é espécie.

A interpretação constitucional tem por objeto a compreensão e aplicação das normas constitucionais, razão pela qual se serve de princípios próprios que lhe conferem especificidade e autonomia, sendo informada por métodos e princípios específicos e adequados ao seu objeto.

Enquanto as normas legais possuem um conteúdo material fechado, **as normas constitucionais apresentam um conteúdo material aberto e fragmentado**, circunstância que justifica e reivindica a existência de uma interpretação especificamente constitucional.

Além de superiores, as normas constitucionais normalmente veiculam conceitos abertos, vagos e indeterminados, que conferem ao intérprete um amplo espaço de conformação, não verificável entre as normas legais.

As normas constitucionais são ainda:

- Normas de organização e estrutura;
- Dotadas de forte carga política.

6.3 Correntes Norte-Americanas

a) Corrente interpretativista: nega qualquer possibilidade de o juiz, na interpretação constitucional, criar Direito, indo além do que o texto lhe permitir. O juiz deve apenas captar e declarar o sentido dos preceitos expressos no texto constitucional, sem se valer de valores substantivos, sob pena de se substituir as decisões políticas pelas judiciais.

b) Corrente não-interpretativista: defende um ativismo judicial na interpretação da Constituição, proclamando a possibilidade, e até a necessidade, de os juízes invocarem e aplicarem valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade. Assim, o **juiz torna-se coparticipante do processo de criação do Direito,** completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações para conceitos jurídicos indeterminados e realizar escolhas entre as soluções possíveis e adequadas.

6.4 Métodos de interpretação

Canotilho: leciona que a questão do "método justo" em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos. Por isso, para ele, NÃO há apenas um método de interpretação constitucional, podendo-se afirmar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais obtém-se a partir de um conjunto de métodos distintos, porém complementares.

a) Método jurídico ou hermenêutico cláSsico [SAVIGNY]

Parte da consideração de que a Constituição é uma lei, de modo que a interpretação da Constituição não deixa de ser uma interpretação da lei. => TESE DA IDENTIDADE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO LEGAL.

Com isso, para a interpretação da Constituição, deve o intérprete utilizar os elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica, que remontam à Escola Histórica do Direito de Savigny:

- **Elemento gramatical**: também chamado de literal ou semântico, a análise se realiza de modo textual e literal;
- **Elemento histórico:** análise o projeto de lei, a sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma;
- **Elemento sistemático ou lógico:** busca a análise do todo;
- **Elemento teleológico ou racional**: busca a finalidade da norma;
- **Elemento genético**: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador;
- **Elemento popular:** a análise se implementa partindo da participação da massa, dos "corpos intermediários", dos partidos políticos, sindicatos, valendo-se de instrumentos como o plebiscito, o referendo, o recall, o veto popular etc.
- **Elemento doutrinário:** parte da interpretação feita pela doutrina;
- **Elemento evolutivo:** segue a linha da mutação constitucional. Nesse método, o papel do intérprete resume-se a descobrir o verdadeiro significado da norma, o seu sentido e, assim, atribui-se grande importância ao texto da norma.

A doutrina, de modo geral, NÃO repele a interpretação de tal método jurídico. No entanto, por outro lado, a CF traz situações mais complexas cuja interpretação não se realiza com o emprego do método tradicional. O método jurídico, portanto, é insuficiente e não satisfaz, por si só, a interpretação constitucional.

b) Método Tópico-problemático [THEODOR VIEHWEG]

Theodor Viehweg – "Tópica e Jurisprudência". Para o autor, a tópica seria uma técnica de pensar o problema, ou seja, uma técnica mental que se orienta para a solução do problema. O método segue as seguintes premissas:

- **Caráter Prático da interpretação**: toda a interpretação se destina a solucionar problemas práticos e concretos;
- **Caráter Aberto, fragmentário ou indeterminado** das normas constitucionais, em razão de sua estrutura normativo-material;
- **Preferência pela discussão do problema em razão da abertura das normas constitucionais** que não permitem qualquer subsunção a partir delas próprias.

Conclusão: A interpretação constitucional leva a um **processo aberto de argumentação** entre os vários partícipes ou intérpretes para se adaptar a norma constitucional ao problema concreto para, só ao final, se identificar a norma adequada.

Parte-se do problema para a norma. **Para este método, deve a interpretação partir da discussão do problema concreto que se pretende resolver para, só ao final, se identificar a norma adequada. Parte-se do problema (caso concreto) para a norma, fazendo caminho inverso dos métodos tradicionais, que buscam a solução do caso a partir da norma. Canotilho** critica esse método, ao fundamento de que a interpretação NÃO deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.

#DICADD: Para não esquecer o nome do criador do método na hora da prova, relacionar as iniciais: **T**heodor – **T**ópico.

c) Método Hermenêutico-concretizador (Concretista) [HESSE]

Admite o primado da norma constitucional sobre o problema.

O método considera a interpretação constitucional como uma atividade de concretização da Constituição, circunstância que permite ao intérprete determinar o próprio conteúdo material da norma.

Afasta-se do método tópico-problemático porque a interpretação, para ele, está limitada e se inicia pelo texto, superando o problema da abertura e indeterminação dos enunciados normativos através da pré-compreensão do intérprete.

Parte da ideia de que a leitura do texto, em geral, e da Constituição, deve se iniciar pela pré-compreensão do seu sentido através de uma atividade criativa do intérprete. Ao contrário do método tópico-problemático, que pressupõe o primado do problema sobre a norma, o método concretista admite o primado da norma constitucional sobre o problema. Essa pré-compreensão faz com que o intérprete, na primeira leitura do texto, extraia dele um determinado conteúdo, que deve ser comparado com a realidade existente.

Desse confronto, resulta a reformulação, pelo intérprete, de sua própria pré-compreensão, no intuito de harmonizar os conceitos por ele preconcebidos àquilo que deflui do texto constitucional, com base na observação da realidade social. Essa reformulação e consequente releitura do texto, cotejando cada novo conteúdo obtido com a realidade, deve repetir-se sucessivamente, até que se chegue à solução mais harmoniosa para o problema. Impõe-se, assim, um "movimento de ir e vir", do subjetivo para o objetivo - e, deste, de volta para aquele -, denominado "círculo hermenêutico" (Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino).

#DICADD: É possível, igualmente, relacionar as iniciais para não esquecer: **H**esse – **H**ermenêutico.

MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO	MÉTODO CONCRETIZADOR
Parte do PROBLEMA para a NORMA. A interpretação é feita partindo-se do CASO/PROBLEMA.	Parte na NORMA para o CASO/PROBLEMA.

d) Método científico-eSpiritual [Rudolf Smend]

A interpretação constitucional deve levar em consideração a compreensão da Constituição como uma ordem de valores e como elemento do processo de integração. Deve o intérprete levar em consideração o sistema de valores que é subjacente ao texto constitucional e à realidade da vida.

Idealizado por **Rudolf Smend**, este método dispõe que a interpretação constitucional deve levar em consideração a compreensão da Constituição como uma ordem de valores e como elemento do processo de integração. Assim, a interpretação deve aprofundar-se na pesquisa do conteúdo axiológico subjacente ao texto, pois só o recurso à ordem de valores obriga a uma captação espiritual desse conteúdo axiológico último da Constituição.

e) Método normativo-estruturante [FRIEDERICH MULLER]

Parte da premissa de que existe uma relação necessária entre o texto e a realidade. Foi idealizado por **Friederich Müller**, que afirma que o texto é apenas a ponta do iceberg, não compreendendo a norma apenas o texto, mas também um pedaço da realidade social. É um método também concretista, diferenciando-se dele, porém, na medida em que a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, sendo o resultado entre este e a realidade.

6.5 Regras, princípios e postulados normativos

As normas podem revelar-se sob a forma de princípios, regras ou postulados normativos. Normas e princípios NÃO guardam hierarquia entre si, especialmente diante do princípio da unidade da Constituição.

Segundo Canotilho, os princípios são fundamento das regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

REGRAS	PRINCÍPIOS
Grau de abstração reduzido.	Grau de abstração elevado.
Suscetíveis de aplicação direta.	Carecem de mediações concretizadoras.

Podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.	São *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito.
Relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante subsunção, chega-se à conclusão.	A previsão dos relatos dá-se de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os princípios em choque.
São mandamentos ou mandados de definição: são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (tudo ou nada).	São mandados de otimização (Alexy): devem ser realizados na maior medida do possível. Podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades jurídicas.
Uma das regras em conflito OU será afastada pelo princípio da especialidade, OU será declarada inválida.	A colisão resolve-se pela ponderação ou balanceamento de princípios.

Postulados normativos ou metanormas: são normas sobre a aplicação de normas. Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o pós positivismo, houve o deslocamento da Constituição para todos os demais ramos do direito, dando origem a uma **FILTRAGEM CONSTITUCIONAL.** Os postulados são denominados pela maioria da doutrina como princípios, mas não têm a mesma função dos princípios. São **normas de segundo grau utilizadas para se interpretar os princípios e regras constitucionais (normas de primeiro grau).**

6.6 Princípios de interpretação Constitucional

a) UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO: a Constituição é una e indivisível. Por isso, deve ser interpretada como um todo, de modo a evitar conflitos, contradições e antagonismos entre suas normas. Em decorrência, não há hierarquia entre normas constitucionais e não há normas constitucionais originárias inconstitucionais.

É usado no conflito ABSTRATO de normas constitucionais.

b) CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO: no caso de aparente conflito entre normas constitucionais, devem ser harmonizadas ao caso concreto, respeitando ambas. Não pode haver sacrifício total de um em relação ao outro, faz uma redução proporcional (sem supressão), para harmonizá-los. Há uma ponderação de interesses, já que não há diferença de hierarquia ou de valor entre os bens constitucionais. E só NO CASO CONCRETO é que podemos dizer qual prevalece, já que não há hierarquia entre normas constitucionais (unidade da Constituição).

Caiu em prova Delegado RJ/2022! O estudo dos princípios que regem a interpretação constitucional, em especial os da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelece que as normas da Constituição Federal de 1988 devem ser analisadas e aplicadas de modo a permitir que os meios utilizados estejam adequados aos fins pretendidos, devendo o intérprete buscar conceder aos bens jurídicos tutelados uma aplicação justa. Considerando isso, assinale a opção correta: Em razão do que preceitua o princípio da concordância prática,

pode-se dizer que, na ocorrência de conflito entre bens jurídicos garantidos por normas constitucionais, o intérprete deve priorizar a decisão que melhor os harmonize, de forma a conceder a cada um dos direitos a maior amplitude possível, sem que um deles acabe por impor a supressão do outro.

Em suma, **o princípio da concordância prática** objetiva, diante da hipótese de colisão entre direitos fundamentais, impedir o sacrifício total de um em relação ao outro, estabelecendo limites à restrição imposta ao direito fundamental subjugado, por meio, por exemplo, da proteção do núcleo essencial.

c) EFEITO INTEGRADOR: o intérprete deve preferir a interpretação que gera mais paz social, reforço da unidade política, integração da sociedade. O princípio do efeito integrador, no bojo da hermenêutica constitucional, diz respeito ao fato de que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se **primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.** Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exemplos notórios desses tipos de integração.
Um dos exemplos de **integração política** é a definição pelo Pretório Excelso da competência comum dos entes federativos para estabelecer ações de combate à pandemia da COVID-19 (2020). Noutro giro, cita-se, com exemplo de **integração social** a deliberação a respeito do casamento homoafetivo e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

d) MÁXIMA EFETIVIDADE: deve preferir a interpretação que dê mais eficácia e aplicabilidade aos direitos fundamentais.

e) FORÇA NORMATIVA: na aplicação da Constituição, deve ser dada preferência às soluções concretizadoras de suas normas que as tornem mais eficazes e permanentes. A principal função desse princípio tem sido para afastar interpretações divergentes. Segundo o STF, quando se tem interpretações divergentes sobre a Constituição, estas enfraquecem a sua força normativa.

OBS: o da Força Normativa serve para todas as normas constitucionais; já o da Máxima Efetividade, serve especificamente para os direitos fundamentais.

f) JUSTEZA OU CONFORMIDADE FUNCIONAL: tem por finalidade impedir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição. **É um princípio de competência constitucional**. Em outras palavras, prescreve o referido princípio que, ao intérprete, é defeso modificar a repartição de funções fixadas pela própria Constituição Federal. Assim, revelam-se incompatíveis, de acordo com essa diretriz interpretativa, as propostas de mutação constitucional promovidas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, com esse fenômeno, há verdadeira alteração da norma constitucional sem que haja qualquer modificação no seu texto o que, de certa forma, acaba por usurpar a competência legislativa do Congresso Nacional.

g) PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE OU CONVENIÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS: não existem direitos absolutos, pois todos encontram limites em outros direitos ou em interesses coletivos também consagrados

na Constituição. De acordo com Bobbio, teriam caráter absoluto o direito a não ser torturado e o direito a não ser escravizado.

h) INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: no caso de normas plurissignificativas (vários significados), deve-se preferir aquela que mais se aproxime da Constituição. Aqui não há declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, busca-se preservar a constitucionalidade da norma de modo a evitar que ela seja expurgada do Ordenamento Jurídico.

Nas palavras do professor Marcelo Novelino: "na interpretação conforme, exclui-se uma interpretação do dispositivo que seja possível, mas que, se empregada, violaria a Constituição. Seria, no caso, um tipo de situação constitucional imperfeita (ADI 2415)".

São, portanto, consequências da interpretação conforme:

- ✓ O dispositivo permanece válido no sistema normativo;
- ✓ Não há declaração de nulidade da norma (pois, se houvesse, deveria ser declarada inconstitucional);
- ✓ A interpretação escolhida obriga todos a segui-la (pois afasta todas as demais incompatíveis);
- ✓ Faz surgir uma situação constitucional IMPERFEITA.

Conforme o professor Pedro Lenza:

> **Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas** (que possuem mais de uma interpretação), deve-se **preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição** e, portanto, que **não seja contrária ao texto constitucional**, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando-se que **a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte**:
>
> ■ **prevalência da Constituição**: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;
>
> ■ **conservação de normas**: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;
>
> ■ **exclusão da interpretação *contra legem***: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;
>
> ■ **espaço de interpretação**: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias a que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;
>
> ■ **rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais**: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;
>
> ■ **intérprete não pode atuar como legislador positivo**: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela

> contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

A **Lei nº 9.868/1999**, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, **dispõe expressamente sobre a interpretação conforme**. Veja:

> Art. 28, parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, **inclusive a interpretação conforme a Constituição** e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Alguns exemplos da interpretação conforme:

- ✓ Interpretação conforme e determinação aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19. O STF julgou parcialmente procedente ADI, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, "d", da Lei nº 13.979/2020 - ADI 6586.
- ✓ Interpretação conforme e a competência comum dos entes federativos para estabelecer ações de combate à pandemia da COVID-19 - ADI 6341.
- ✓ Interpretação conforme e a inconstitucionalidade de norma de Constituição estadual que amplia o rol de autoridades sujeitas à fiscalização pelo Poder Legislativo e à sanção por crime de responsabilidade - ADI 6640/PE e ADI 6645/AM.
- ✓ Interpretação conforme e as regras do Estatuto da Advocacia que tratam sobre a relação de emprego, salário, jornada de trabalho e honorários que se aplicam aos advogados de empresas estatais que atuam no mercado em regime concorrencial - ADI 3396/DF.
- ✓ Interpretação conforme e a deliberação a respeito do casamento homoafetivo e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 - ADI 4277.

Caiu na prova Delegado SC/2024: Em agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o uso da tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio ou de agressão contra mulheres contraria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da vida e da igualdade de gênero. Em decorrência, o Art. 23, inciso II, o Art. 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e o Art. 65 do Código de Processo Penal devem ser interpretados de modo a excluir a legítima defesa da honra do domínio do instituto da legítima defesa. Entre os princípios de hermenêutica constitucional, o utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão descrita acima é o da interpretação conforme à constituição. **(ITEM CORRETO)**

Caiu em prova Delegado RJ/2022! O direito constitucional reclama a existência de princípios específicos, que compõem a denominada metodologia constitucional, para que a Constituição Federal de 1988 seja interpretada. Um dos referidos princípios prevê que, sempre que possível, deve o intérprete buscar a interpretação menos óbvia do enunciado normativo, fixando-a como norma, de modo a salvar a sua constitucionalidade. Trata-se do princípio de: interpretação conforme a Constituição.

Caiu em prova Delegado RJ/2022! Em recente julgamento nos autos da ADPF n 132, o Supremo Tribunal Federal, diante da possibilidade de duas ou mais interpretações razoáveis sobre o art. 1.723 do Código Civil, que trata sobre a união estável entre homem e mulher, reconheceu a união homoafetiva como família. Nesse caso, é correto afirmar que a técnica de interpretação utilizada foi: interpretação conforme.

Fundamentação: Como visto, a interpretação conforme a Constituição é aplicável diante de normas que possuam mais de um significado, como no caso do termo "família". Nesse contexto, o STF adotou a interpretação que mais se aproximava da Constituição, ou seja, aquela que reconhece a união homoafetiva como família.

i) PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE: significa justiça, bom senso, moderação. É para evitar interpretações absurdas, podendo ser dividida em três subprincípios:

- **Adequação**: os meios usados têm que ser aptos a atingir os fins. Aptidão entre meio e fim.
- **Necessidade:** o meio deve ser o menos gravoso possível. Jellinek: não se pode abater pardais com canhões.
- **Proporcionalidade em sentido estrito**: ponderação entre o custo e o benefício da medida. Para ser proporcional, a medida tem que trazer mais benefícios do que custos.

6.7 Técnicas de interpretação Constitucional

O movimento doutrinário chamado de moderna hermenêutica constitucional diz que toda a tarefa de interpretação da CF deve estar voltada para um único objetivo: **concretizar** os direitos fundamentais. Dentre essas modernas técnicas, estão previstas:

a) Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: o Tribunal reconhece a inconstitucionalidade da norma, porém NÃO a tira do ordenamento jurídico, com a justificativa de que a sua ausência geraria mais danos do que a presença da lei inconstitucional. É possível, também, que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional.

b) Declaração de inconstitucionalidade com apelo ao legislador: nessa técnica de interpretação, "busca-se não declarar a inconstitucionalidade da norma sem antes fazer um apelo vinculado a "diretivas" para obter do legislador uma atividade subsequente que torne a regra inconstitucional harmônica com a Carta Maior. Incumbe-se ao legislador a difícil tarefa de regular determinada matéria, de acordo com o que preceitua a própria Constituição".

A técnica possui relevância no caso da ação de inconstitucionalidade por omissão, em que o Tribunal se limita a constatar a inconstitucionalidade da omissão, exortando o legislador a abandonar o seu estado de inércia, possuindo a decisão um cunho mandamental.

c) Interpretação conforme a Constituição: o Órgão Jurisdicional declara qual das possíveis interpretações se mostra compatível com a Lei Maior. É princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não simples regra de interpretação.

No caso de normas plurissignificativas (vários significados), deve-se preferir aquela que mais se aproxime da Constituição. Aqui, não há declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, busca-se preservar a constitucionalidade da norma de modo a evitar que ela seja expurgada do Ordenamento Jurídico. Nas palavras do professor Marcelo Novelino: "na interpretação conforme, exclui-se uma interpretação do dispositivo que seja possível, mas que, se empregada, violaria a Constituição. Seria, no caso, um tipo de situação constitucional imperfeita (ADI 2415)".

São, portanto, consequências da interpretação conforme:

- O dispositivo permanece válido no sistema normativo;
- Não há declaração de nulidade da norma (pois, se houvesse, deveria ser declarada inconstitucional);
- A interpretação escolhida obriga todos a segui-la (pois, afasta todas as demais incompatíveis);
- Faz surgir uma situação constitucional IMPERFEITA.

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO
ADI é julgada parcialmente procedente	ADI é julgada parcialmente procedente
Técnica de interpretação	Técnica de aplicação (Lei "i" NÃO se aplica à hipótese "H")
É imprescindível que haja mais de uma interpretação possível (André Ramos Tavares: "O Tribunal NÃO declara que todas as demais interpretações são inconstitucionais")	Expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação sem alteração do texto legal. É mais incisiva do que a interpretação conforme. Ex. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Caiu em prova Delegado SP/2022! A decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada na ADPF no 54, que autoriza a realização voluntária do aborto de feto anencefálico teve como um dos seus expressos fundamentos: a intepretação constitucional sem redução de texto.

7. PODER CONSTITUINTE

Segundo Canotilho, o Poder Constituinte se revela como uma questão de "poder", "força" ou "autoridade" política que, em uma situação concreta, pode criar, garantir ou eliminar uma Constituição

entendida como lei fundamental da comunidade política. A doutrina aponta a existência de três poderes constituintes: originário, derivado e difuso.

1. Poder Constituinte Originário:

> O Poder Constituinte é responsável pela escolha e formalização do conteúdo das normas constitucionais. O adjetivo "originário" é empregado para diferenciar o poder criador de uma nova constituição daqueles instituídos para alterar o seu texto (Poder Constituinte Derivado) ou elaborar as constituições dos Estados-membros da federação (Poder Constituinte Decorrente). O Poder Constituinte Originário pode ser definido, portanto, como um poder político, supremo e originário, responsável por estabelecer a constituição de um Estado. (NOVELINO, 2017, p. 71).

O Poder Constituinte Originário instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente e possui como características:

- Inicial: inaugura toda a normatividade jurídica;
- Autônomo: não convive com nenhum outro poder que tenha a mesma hierarquia;
- Incondicionado (juridicamente): não se sujeita a nenhuma outra norma jurídica;
- Ilimitado;
- Latente: é atemporal, contínuo, pois está pronto para ser acionado a qualquer momento;
- Poder de fato e poder político, podendo, assim, ser caracterizado como uma energia ou força social, tendo natureza pré-jurídica, sendo que, por essas características, a nova ordem jurídica começa com a sua manifestação, e não antes dela.

Canotilho observa que o poder constituinte "... é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'". Fala, ainda, na necessidade de observância de princípios de justiça (suprapositivos e supralegais) e, também, dos princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos — neste último caso de vinculação jurídica, chegando a doutrina a propor uma juridicização e evolução do poder constituinte)

Caiu na prova Delegado SP/2022! Poder constituinte originário é o que cria uma Constituição. Assinale a alternativa correta, considerando as características desse importante instituto jurídico.

O princípio da segurança das relações jurídicas não permite a restauração da eficácia de lei que perdeu vigência com o advento de uma nova Constituição, quando esta é revogada por uma terceira Constituição.

7.1 Espécies de Poder Constituinte Originário (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1.º grau)

I- Quanto ao modo de deliberação constituinte:

a) **Poder Constituinte Concentrado (ou demarcado):** o surgimento da constituição resulta da deliberação formal de um grupo de agentes, como no caso das constituições escritas;

b) **Poder Constituinte Difuso:** a constituição é resultante de um processo informal em que a criação de suas normas ocorre a partir da tradição de uma determinada sociedade, como ocorre com as constituições consuetudinárias. Também é chamado de mutação constitucional. Em outras palavras, consiste na alteração de sentido de um dispositivo constitucional, de modo informal, ou seja, **considerando vários elementos, dentre eles, contexto de aplicação da norma, efeitos, aspectos culturais, entre outros.** É dizer, é realizada **uma reinterpretação da norma constitucional, sem alteração formal.**

Caiu na prova Delegado AM/2022! Maria, destacada estudiosa da interpretação constitucional, defendeu que a norma não apresenta uma relação de sobreposição com o texto. Em verdade, é o resultado do processo de interpretação, durante o qual o intérprete desenvolve uma atividade argumentativa e tipicamente decisória, já que deve resolver as conflitualidades intrínsecas que se apresentam durante esse processo, de modo a identificar os significados potencialmente atribuíveis ao texto interpretado e decidir qual deles deve preponderar, considerando as nuances da realidade e a situação concreta na qual a norma se projetará.
A explicação de Maria está lastreada na concepção de que: as nuances do ambiente sociopolítico podem influir no delineamento de alterações não formais da ordem constitucional.

II- Quanto ao momento de manifestação:

a) **Poder Constituinte Histórico (ou fundacional) :** responsável pelo surgimento da primeira constituição de um Estado (exemplo: constituição brasileira de 1824);

b) **Poder Constituinte Revolucionário:** elabora as constituições posteriores a partir de uma revolução (constituição brasileira de 1937) ou de uma transição constitucional (constituição brasileira de 1988).

HIATO CONSTITUCIONAL (Ivo Dantas)

O hiato constitucional, também chamado pelo autor de revolução, verifica-se quando há um choque (ou "divórcio") entre o conteúdo da Constituição política (uma das formas do direito legislado) e a realidade social ou sociedade.
Conforme o autor Pedro Lenza, tomando por base essa ideia, qual seja, que o hiato constitucional caracteriza verdadeira lacuna, intervalo, interrupção de continuidade, entendemos que vários fenômenos poderão ser verificados, destacando-se:
■ convocação da Assembleia Nacional Constituinte e elaboração de nova Constituição;
■ mutação constitucional;
■ reforma constitucional;

■ hiato autoritário.

A partir da quebra do processo constitucional, vale dizer, diante da não correspondência entre o texto posto e a realidade social, poderá surgir espaço para o denominado "momento constituinte" democrático e, assim, diante da manifestação do poder constituinte originário, a elaboração de novo documento que encontre legitimidade social.

III- Quanto ao papel na elaboração do documento constitucional:

a) **Poder Constituinte Material:** é o responsável por definir o conteúdo fundamental da constituição, elegendo os valores a serem consagrados e a ideia de direito que irá prevalecer. É o ato de criação propriamente dito e que atribui a "roupagem" com status constitucional a um "complexo normativo";
b) **Poder Constituinte Formal:** formaliza no plano normativo as escolhas políticas do Poder Constituinte Material.

Obs.: "O Poder Constituinte Material precede o Formal em dois aspectos: (I) logicamente, porque 'a ideia de direito precede a regra de direito; o valor comanda a norma; a opção política fundamental, a forma que elege para agir sobre os fatos; a legitimidade, a legalidade'; e (II) historicamente, pois o triunfo de certa ideia de direito ou nascimento de certo regime ocorre antes de sua formalização" (NOVELINO, 2017, p. 72).

A NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE É JURÍDICA OU EXTRAJURÍDICA?

Existem duas correntes doutrinárias (NOVELINO, 2017, p. 73):

a) Positivistas (Carl Schmitt): o Poder Constituinte é anterior e se encontra acima de toda e qualquer norma jurídica, devendo ser considerado um **poder político** (extrajurídico ou de fato) resultante da força social responsável por sua criação. Em razão de sua natureza essencialmente revolucionária, o Poder constituinte estaria liberado de valores referentes à sua legitimidade. Por ter o seu sentido na existência política, o sujeito do Poder Constituinte poderia fixar livremente o modo e a forma da existência estatal a ser consagrada na constituição, sem ter que se justificar em uma norma ética ou jurídica.
Características essenciais sob a óptica positivista: I- inicial, por não existir nenhum outro antes ou acima dele; II- autônomo, por caber apenas ao seu titular a escolha do conteúdo a ser consagrado na constituição; e III- incondicionado, por não estar submetido a nenhuma regra de forma ou de conteúdo.

b) Jusnaturalistas (Abade Sieyès): o Poder Constituinte é um **poder jurídico** (ou de direito). Os defensores da existência de um direito eterno, universal e imutável, preexistente e superior ao direito positivado, sustentam que o Poder Constituinte, apesar de não encontrar limites no direito positivo anterior, estaria subordinado aos princípios do direito natural.
Características essenciais sob a óptica jusnaturalista: I- incondicionado juridicamente pelo direito positivo, mas submetido aos princípios do direito natural; II- permanente, por não se exaurir com a conclusão de sua obra; e III- inalienável, devido à impossibilidade de transferência, pela nação, desta titularidade.

7.1.1 Limitações Materiais

> A visão positivista de que o Poder Constituinte Originário tem plena liberdade para definir o conteúdo a ser consagrado no texto constitucional é refutada com base no argumento de que, fora do direito positivo interno, existem limitações materiais a serem observadas. (NOVELINO, 2017, p. 74).

Existem três categorias de limites materiais:

I- Limites Transcendentes: são aqueles que, advindos de imperativos do direito natural, de valores éticos ou de uma consciência jurídica coletiva, impõem-se à vontade do Estado, demarcando sua esfera de intervenção. Nesse sentido, parte da doutrina sustenta o dever de manutenção, imposto ao Poder Constituinte Originário pelo princípio da proibição de retrocesso, dos direitos fundamentais objeto de consensos sociais profundos ou diretamente ligados à dignidade da pessoa humana.

II- Limites Imanentes: estão relacionados à configuração do Estado à luz do Poder Constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada constituição representa apenas um momento da marcha histórica. Referem-se a aspectos como a soberania ou a forma de Estado.

III- Limites Heterônomos: são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos como, por exemplo, as obrigações impostas ao Estado por normas de direito internacional. A globalização e a crescente preocupação com os direitos humanos são fenômenos que têm contribuído para relativizar a soberania do Poder Constituinte. Sob essa perspectiva, seria vedado às futuras constituições brasileiras consagrar a pena de morte para além dos casos de guerra externa, antes o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que veda o restabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

7.1.2 Titularidade do Poder Constituinte Originário

Segundo Marcelo Novelino (2017, p. 73), para a doutrina majoritária, a titularidade do poder constituinte reside sempre na **soberania do povo**. Essa posição deve ser defendida nas provas.

Obs.: Em sua obra clássica "O que é o Terceiro Estado?", Joseph Sieyès sustentava que o Terceiro Estado seria a nação, titular do poder constituinte.

7.1.3 Legitimidade

Segundo Marcelo Novelino (2017, p. 75), a análise da legitimidade do Poder Constituinte Originário pode ser feita sob dois prismas distintos:

I- Subjetivo: a legitimidade está relacionada à titularidade e ao exercício do poder. Para ser considerado legítimo, o Poder Constituinte deve ser exercido por representantes do povo eleitos especificamente para esse fim e nos limites da delegação.

II- Objetivo: o Poder Constituinte deve consagrar na constituição um conteúdo valorativo em conformidade com determinadas limitações materiais e/ou correspondente aos anseios de seu titular. Nesse contexto, Canotilho afirma que o critério da legitimidade do Poder Constituinte não é a mera posse do poder, mas a conformidade do ato constituinte com a ideia de justiça e com os valores radicados na comunidade em um determinado momento histórico. A consagração de uma justa ordenação dos interesses e forças sociais das quais a Constituição se originou é fator indispensável para sua legitimidade.

Ademais, Canotilho afirma que "poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo", e que deve ser concebido "como uma 'grandeza pluralística' (Peter Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes". Veja:

> Art. 1.º da CF/88: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (democracia semidireta ou participativa cf. cap. 17).

É aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente. O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente. Em suma: se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações.

7.2 Poder Constituinte Derivado (instituído, constituído, secundário, de segundo grau, remanescente)

Pode ser poder constituinte decorrente inicial ("instituidor" ou "institucionalizador"): responsável pela elaboração da Constituição estadual; e poder constituinte decorrente de revisão estadual ("poder decorrente de segundo grau"): tem a finalidade de modificar o texto da Constituição estadual, implementando as reformas necessárias e justificadas e nos limites colocados na própria constituição estadual (nesse sentido, por derivar de um poder que já derivou de outro, caracteriza-se como de segundo grau) e na federal.

Decorre do poder constituinte originário e da constituição e possui como características:

- **Subordinado** hierarquicamente em plano inferior, ou seja, está abaixo do Poder Constituinte Originário. Conforme o professor Pedro Lenza, em relação à capacidade de auto-organização, prevista no art. 25, caput, da CF/88, foi categórico o poder constituinte originário ao definir que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição". Esta última parte do texto demonstra, claramente, o caráter de derivação e vinculação do poder decorrente em relação ao originário

- **Condicionado ou limitado:** só pode ser exercitado nos casos previstos pelo Poder Constituinte Originário.

O Poder Constituinte Derivado possui três subespécies:

1) Poder Constituinte Derivado **Reformador;**
2) Poder Constituinte Derivado **Revisor;**
3) Poder Constituinte Derivado **Decorrente.**

7.2.1 Reformador

Tem o poder ou competência para modificar a Constituição por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. Ao contrário deste, que é um poder político, o Poder Constituinte Derivado Reformador tem natureza jurídica, pois deve obedecer às limitações impostas pelo Originário.

Em princípio, o Poder Constituinte de Reforma NÃO pode criar cláusulas pétreas: somente o Poder Constituinte Originário pode fazê-las. No entanto, pode ampliar o catálogo dos direitos fundamentais criados pelo Poder Constituinte Originário.

Limites ao poder constituinte derivado reformador – art. 60, CF/88:

a) Temporais: **não** previstos na CF/88;

b) Circunstanciais: estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal;

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

c) Materiais: excluem determinadas matérias do Poder Constituinte derivado reformador. Os limites podem ser EXPRESSOS ou IMPLÍCITOS;

- **Expressos:** são as cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas do art. 60, § 4º da CF. Tutela-se a proposta tendente a ABOLIR. Impede-se que haja a DELIBERAÇÃO da emenda. O STF entende possível a impetração de MS por parlamentar (controle de constitucionalidade preventivo judicial);

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III - a separação dos Poderes;
> IV - os direitos e garantias individuais.

Caiu em prova Delegado MG/2021! Cláusulas pétreas são: consideradas limites materiais para emendas à Constituição, pois constituem conteúdo que não pode ser modificado no texto constitucional no sentido de o abolir (extinguir) ou tender a tanto (item correto).

- **Implícitos:** limitações que decorrem do núcleo de identidade da CF. Tudo aquilo que formar o núcleo de identidade da CF é limitação implícita ao poder de reforma, é intangível.

  - **Impossibilidade de alterar o titular do PCO e o titular do PC derivado.**
  - **Os limites explícitos ao poder de reforma são limites implícitos.**
    - Não se pode admitir que o poder derivado possa alterar seus próprios limites de atuação estabelecidos pelo poder originário a quem está condicionado e limitado.
    - Impossibilidade de se operar a dupla revisão: primeiro se alteram as limitações expressas, para depois, promover as alterações desejadas.

d) Formais:

- **Subjetivos:** Iniciativa para a propositura de uma proposta de emenda constitucional (art. 60, I, II e III da CF):

> 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 Assembleias Legislativas** das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

- **Objetivos**:
  - Art. 60, §2º
  - Art. 60, §3º
  - Art. 60, §5º

> § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
> § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
> § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

ATENÇÃO: O DIREITO ADQUIRIDO é oponível à Constituição quando o preceito constitucional for fruto do Poder Constituinte derivado reformador, já que o direito adquirido é cláusula pétrea, insuscetível

de qualquer proposta de emenda para aboli-lo. Quanto ao poder constituinte originário, NÃO se pode invocar direito adquirido.

- **É admitido o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário?**

Em virtude do princípio da unidade normativa e do caráter rígido da Constituição brasileira, admite-se no Brasil o controle de constitucionalidade apenas das normas constitucionais que foram inseridas na Constituição pela via das emendas constitucionais.

O STF não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário. Assim, se o intérprete da Constituição se deparar com duas ou mais normas aparentemente contraditórias, deverá compatibilizá-las, de modo que ambas continuem vigentes. Isso porque o **princípio da unidade da Constituição** afasta a tese de hierarquia entre os dispositivos da Constituição.

7.2.2 Poder Constituinte Derivado Decorrente

Assim como o reformador, também é jurídico e limitado pelo originário. Possui o objetivo de estruturar a constituição dos Estados-membros, em decorrência da capacidade de auto-organização estabelecida pelo originário. Tal capacidade consta artigo 25 da CF/88, o qual dita que:

> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição

A doutrina aponta que os princípios que devem ser seguidos pelos Estados-membros são:

a) **Princípios sensíveis**: essência da organização constitucional da Federação brasileira - art. 34, VII da CF - se violados ensejam intervenção federal;

- **Foi objeto da prova oral do concurso de Delegado de Polícia de Minas Gerais em 2018.**

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS**
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
> b) direitos da pessoa humana;
> c) autonomia municipal;
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

b) **Princípios constitucionais estabelecidos:** regras previstas para outros entes que, por consequência, veda a atuação do Estado naquela matéria e;

c) **Princípios constitucionais extensíveis:** normas organizatórias da União aplicadas aos estados pelo princípio da simetria, e podem ser expressos ou implícitos. Ex.: sistema eleitoral, imunidades e impedimentos dos Deputados.

- **Há poder constituinte derivado decorrente nos Municípios?**
  - 1ª Corrente: há quem compreenda que as leis orgânicas são efetivo exercício do poder constituinte derivado decorrente.
  - 2ª Corrente (MAJORITÁRIA): **inexiste tal poder no âmbito dos municípios**, pois estes submetem-se a um poder de terceiro grau, na medida em que devem observância a CF/88 e a respectiva Constituição Estadual. Entende-se que o poder derivado decorrente somente existe em face do segundo grau, ou seja, quando extrai seu fundamento de validade da própria constituição. Isso porque o poder constituinte decorrente, conferido aos Estados-membros e ao Distrito Federal, não se faz na órbita dos Municípios.

    Obs. Igualmente aos Territórios Federais (que hoje não mais existem, mas poderão vir a ser criados), de acordo com o art. 18, § 2.º, integram a União, **não** se falando em autonomia federativa, e, portanto, não se cogitando em manifestação de poder constituinte derivado decorrente.

7.2.3 Poder Constituinte Derivado Revisor

Também é condicionado e limitado às regras do originário. Tal manifestação ocorreu cinco anos após a promulgação da atual Constituição, por determinação do artigo 3º do ADCT.

> Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Sobre o tema, confira a Dica da Professora Thaianne:

https://youtu.be/fPDIdkxJYzE

7.3 Poder Constituinte Difuso

É um poder de fato manifestado por **mutação constitucional.** Trata-se de mais um mecanismo de mudança da Constituição.

Se por um lado a modificação introduzida pelo Poder Constituinte Derivado Reformador é formal, por intermédio de emenda constitucional, a modificação realizada pelo Poder Constituinte Difuso se instrumentaliza de **modo informal e espontâneo**, como verdadeiro poder de fato, que modifica a Constituição **sem alterar o seu texto**. Pelo Poder Constituinte Difuso, a interpretação do texto constitucional é alterada.

Leciona, Luís Roberto Barroso:

> **"EXEMPLO EMBLEMÁTICO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL OCORREU EM RELAÇÃO AO DENOMINADO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**, critério de fixação de competência jurisdicional previsto constitucionalmente. Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. Nesse exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo – o art. 102, I, b, da Constituição – sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto. A interpretação do sentido e alcance do foro privilegiado voltou a sofrer nova mutação. A prática tem demonstrado que o Supremo Tribunal Federal, como corte suprema, não é um tribunal vocacionado para o processamento de ações penais originárias. De fato, a inadequação da Corte para atuar como jurisdição penal de 1o grau, associada ao relevante volume de processos em curso, tem resultado em uma demora excessiva na tramitação desses feitos, na prescrição das ações e, portanto, em impunidade, comprometendo a imagem do Tribunal. O julgamento de ações dessa natureza afasta a Corte, ainda, da sua missão primordial de guarda da Constituição e do equacionamento das grandes questões nacionais. **Por isso mesmo, em julgamento encerrado em 3 maio 2018, o Tribunal decidiu restringir o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e limitadamente a atos relacionados às funções desempenhadas por seus ocupantes. Decidiu, igualmente, que a competência para processar e julgar as ações penais não seja mais alterada, após o final da instrução processual, em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o que ocupava".**

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	REFORMA CONSTITUCIONAL

As mutações, por seu turno, não seriam alterações "físicas", "palpáveis", materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.	Seria a modificação do texto constitucional, mediante mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original

Conforme o autor Pedro Lenza, as mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

Por fim, ressalta-se que a mutação e a nova interpretação não poderão afrontar os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de serem inconstitucionais.

Caiu em prova Delegado SP/2018! Ao julgar o RE nº 251.445/GO, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o termo "casa", resguardado pela inviolabilidade conferida pelo art. 5º , inciso XI, da Constituição Federal e antes restrito a domicílio e residência, revela-se abrangente, devendo, portanto, se estender também a qualquer compartimento privado onde alguém exerça profissão ou atividade. Essa fixação de novo entendimento pelo Supremo Tribunal Federal que acarretou num processo de alteração do sentido da norma constitucional, sem alteração do texto, é denominada pela hermenêutica constitucional de: mutação constitucional informal.

Fundamentação: A mutação constitucional é um processo informal de modificação da Constituição, que ocorre por meio da interpretação das normas. É importante notar que a interpretação conforme a Constituição não poderia ser aplicada ao caso, pois o seu âmbito de aplicabilidade fica restrito às normas infraconstitucionais. Portanto, ao adotar um novo sentido para o termo "casa", o STF promoveu uma mutação constitucional.

7.4 Poder Constituinte Supranacional

Segundo Marcelo Novelino (2017, p. 92), a ruptura das tradicionais premissas de organização dos Estados deu origem à ideia de existência de um Poder Constituinte pautado na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos e em uma visão remodelada de soberania.

Trata-se de um poder destinado a elaborar uma constituição supranacional, apta a vincular os Estados ajustados sob o seu comando e fundamentada na vontade do povo-cidadão universal, seu verdadeiro titular. Este poder é considerado constituinte por ter a força de criar uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados que aderem ao direito comunitário e submete as constituições nacionais ao seu poder supremo.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O SUPREMO
Poder constituinte estadual. Autonomia (ADCT, art. 11). Restrições jurisprudenciais inaplicáveis ao caso. É da jurisprudência assente do Supremo Tribunal que afronta o princípio fundamental da separação e

independência dos Poderes o trato em constituições estaduais de matéria, sem caráter essencialmente constitucional – assim, por exemplo, a relativa à fixação de vencimentos ou à concessão de vantagens específicas a servidores públicos –, que caracterize fraude à iniciativa reservada ao Poder Executivo de leis ordinárias a respeito: precedentes. A jurisprudência restritiva dos poderes da assembleia constituinte do Estado-membro não alcança matérias às quais, delas cuidando, a Constituição da República emprestou alçada constitucional. Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo. Só quando se cuidar de anistia de crimes – que se caracteriza como abolitio criminis de efeito temporário e só retroativo – a competência exclusiva da União se harmoniza com a competência federal privativa para legislar sobre direito penal; ao contrário, conferir à União – e somente a ela – o poder de anistiar infrações administrativas de servidores locais constituiria exceção radical e inexplicável ao dogma fundamental do princípio federativo – qual seja, a autonomia administrativa de Estados e Municípios – que não é de presumir, mas, ao contrário, reclamaria norma inequívoca da Constituição da República (precedente: Rp 696, 6-10-1966, rel. p/ o ac. min. Aliomar Baleeiro). Compreende-se na esfera de autonomia dos Estados a anistia (ou o cancelamento) de infrações disciplinares de seus respectivos servidores, podendo concedê-la a assembleia constituinte local, mormente quando circunscrita – a exemplo da concedida pela Constituição da República – às punições impostas no regime decaído por motivos políticos.
[ADI 104, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 4-6-2007, P, DJ de 24-8-2007.]

O poder constituinte outorgado aos Estados-membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela CF, pois é nessa que reside o núcleo de emanação (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação.
[ADI 507, rel. min. Celso de Mello, j. 14-2-1996, P, DJ de 8-8-2003.]
= ADI 2.113, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-3-2009, P, DJE de 21-8-2009

O poder constituinte dos Estados-membros está limitado pelos princípios da Constituição da República, que lhes assegura autonomia com condicionantes, entre as quais se tem o respeito à organização autônoma dos Municípios, também assegurada constitucionalmente. O art. 30, I, da Constituição da República outorga aos Municípios a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põe-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância. Ao disciplinar matéria, cuja competência é exclusiva dos Municípios, o art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política assegurada pela Constituição brasileira.
[ADI 3.549, rel. min. Cármen Lúcia, j. 17-9-2007, P, DJ de 31-10-2007.]

Art. 90, § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponibilidade remunerada dos servidores públicos. (...) A imposição do prazo de um ano para aproveitamento do servidor em disponibilidade ofende materialmente a Carta Federal, pois consiste em obrigação criada pelo Poder Legislativo que não decorre direta ou indiretamente dos pressupostos essenciais à aplicação do instituto da disponibilidade definidos na Constituição da República (art. 41, § 3º), e, principalmente, porque não condiz com o postulado da independência dos Poderes instituídos, ainda que em sede do primeiro exercício do poder constituinte decorrente. O art. 41, § 3º, da CF, na sua redação originária, era silente em relação ao quantum da

remuneração que seria devida ao servidor posto em disponibilidade. Esse vácuo normativo até então existente autorizava os Estados a legislar sobre a matéria, assegurando a integralidade remuneratória aos seus servidores. Contudo, a modificação trazida pela EC 19/1998 suplantou a previsão contida na Carta estadual, pois passou a determinar, expressamente, que a remuneração do servidor em disponibilidade seria proporcional ao tempo de serviço. [ADI 239, rel. min. Dias Toffoli, j. 19-2-2014, P, DJE de 30-10-2014.]
A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. [ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19-5-2011.]
As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. [ADI 815, rel. min. Moreira Alves, j. 28-3-1996, P, DJ de 10-5-1996.]
As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. [ADI 815, rel. min. Moreira Alves, j. 28-3-1996, P, DJ de 10-5-1996.]
O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado. [RE 587.008, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2011, P, DJE de 6-5-2011, Tema 107.] Vide ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994
Art. 85 da Constituição do Estado de Rondônia, que elevou para treze o número de desembargadores do Tribunal de Justiça. Ofensa manifesta ao princípio da iniciativa privativa, para o assunto, do Tribunal de Justiça, consagrada no art. 96, II, b, da CF, de observância imperiosa pelo poder constituinte derivado estadual, como previsto no art. 11 do ADCT/1988. [ADI 142, rel. min. Ilmar Galvão, j. 19-6-1996, P, DJ de 6-9-1996.]
Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.279/1999 do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o cancelamento de multas de trânsito anotadas em rodovias estaduais em certo período relativas a determinada espécie de veículo. Inconstitucionalidade formal. (...) O cancelamento de toda e qualquer

infração é anistia, não podendo ser confundido com o poder administrativo de anular penalidades irregularmente impostas, o qual pressupõe exame individualizado. Somente a própria União pode anistiar ou perdoar as multas aplicadas pelos órgãos responsáveis, restando patente a invasão da competência privativa da União no caso em questão. [ADI 2.137, rel. min. Dias Toffoli, j. 11-4-2013, P, DJE de 9-5-2013.]
A providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Trata-se também de medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão de obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico. Por fim, as sanções impostas revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte. Procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro. [ADI 907, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 1º-8-2017, P, DJE de 24-11-2017.]

8. CONSTITUIÇÕES NO BRASIL

8.1 Constituição de 1824

Denominada Constituição Política do Império do Brasil, foi outorgada em 25 de março de 1824. Sob forte influência da Constituição francesa de 1814, foi a constituição que durou mais tempo.

Características relevantes:

- Constituição semirrígida.
- Contava com importante rol de Direitos Civis e Políticos – apesar de a escravidão ter sido mantida até 13 de maio de 1888.
- Tutela da liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e vedação da prisão arbitrária.
  Atenção! A Constituição de 1824 **NÃO** previa a garantia do "habeas corpus".
- Forte centralismo administrativo e político.
- Unitarismo e absolutismo.
- Governo monárquico, hereditário e representativo.
- Poder **moderador** - o art. 10 da Constituição do Império de 1824 estabelecia que "os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são **quatro**: o **Poder Legislativo**, o ***Poder Moderador***, o **Poder Executivo**, e o **Poder Judicial"**.

  Obs.1: De acordo com o Professor Pedro Lenza: O **Imperador**, que exercia o **Poder Moderador**, no âmbito do **Legislativo**, nomeava os Senadores, convocava a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocando imediatamente outra, que a substituía. No âmbito do **Executivo**, nomeava e exonerava livremente os Ministros de Estado. E, por fim, no âmbito do **Judiciário**, suspendia os Magistrados.

  Obs.2: função executiva era exercida pelo Imperador (Chefe do Executivo), através dos Ministros de Estado. Contudo, em 1841 foi instituído o parlamentarismo monárquico (reinado de Dom Pedro II).

- Eleições para o Legislativo eram feitas de forma indireta.
- Sufrágio: pautado nas condições econômico-financeiras dos titulares (tanto para votar quanto para ser votado).
- Órgão de cúpula do Judiciário: Supremo Tribunal de Justiça.

8.2 Constituição de 1891

Promulgada em 24 de fevereiro de 1891, sob forte influência da Constituição norte-americana de 1787, consistiu na **primeira** Constituição da **REPÚBLICA** do Brasil e vigorou até 1930 – tendo sido reformada em 1926.

Características relevantes:

- Constituição rígida.
- Estabelecimento das seguintes cláusulas pétreas: forma republicano-federativa e igualdade da representação dos Estados e Senado.
- Expressa previsão do **"habeas corpus".**
- Aboliu as penas de banimento e de morte (com ressalva das disposições da lei militar em **tempo de guerra**).
- Consagrou o sistema de governo presidencialista.
- Consagrou o Estado federal.
- A forma de governo republicana substitui a monárquica.
- Declaração da união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias, vedando-se, portanto, a **secessão.**
- **EXTINÇÃO** do Poder Moderador e adoção da teoria tripartida de Montesquieu.
- Poder Legislativo exercido pelo CN, com sanção do PR, composto por duas Casas (fixa-se o **bicameralismo federativo**).
- Poder Executivo: exercido pelo PR, eleito através de sufrágio direto, para mandato de 4 anos, **vedada a reeleição para o período subsequente.**
  Obs.: o Professor Pedro Lenza alerta que "nos termos do art. 1.º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891, muito embora a previsão e conquista das eleições diretas, que a primeira eleição da República foi indireta, pelo Congresso Nacional, elegendo-se o Presidente Marechal Deodoro da Fonseca e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil Marechal Floriano Peixoto".
- Ministros de Estado eram nomeados e exonerados de forma livre ("ad nutum").
- Poder Judiciário: órgão máximo denominado **Supremo Tribunal Federal.**
- A reforma ocorrida em 1926 **centralizou o poder e restringiu a autonomia dos Estados**.

- **GOVERNO PROVISÓRIO**

Atenção! O fim da denominada "República Velha" se dá com a Revolução de 1930, onde foi instituído o **Governo Provisório** (exercido até a promulgação do texto de 1934) – com Getúlio Vargas no poder.

Tal governo foi instituído pelo Decreto 19.398 de 11 de novembro de 1930, sendo pertinente destacar o seguinte:

> Art. 1º O Governo Provisório exercerá **discricionariamente**, em toda sua **plenitude**, as funções e atribuições, não só do Poder **Executivo**, como tambem (*sic*) do Poder **Legislativo** até que, eleita a Assembléia (*sic*) Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país;
>
> Parágrafo único. Todas as **nomeações e demissões** de funcionários ou de quaisquer cargos públicos, quer sejam efetivos, interianos (*sic*) ou em comissão, **competem exclusivamente ao Chefe do Governo Provisório**.

Além disso, houve a **dissolução do CN**, das Assembleias Legislativas dos Estados, Câmaras/Assembleias Municipais e demais órgãos legislativos ou deliberativos "existentes nos Estados, nos municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato" (art. 2º).

Destaca-se ainda a **nomeação de um Interventor federal para cada Estado**, com controle também sobre os Municípios. Os atos do Governo Provisório eram materializados através de decretos expedidos pelo Chefe do Governo e subscritos pelo ministro respectivo (art. 17).

Por outro lado, durante o Governo Provisório foi decretado o **Código Eleitoral** (e instituída a Justiça Eleitoral), onde adotou-se o **voto feminino** e o **sufrágio universal, direto e secreto** (previstos em Decreto, ainda **não** constitucionalizados)**.**

8.3 Constituição de 1934

Fortemente influenciada pela Constituição de Weimar (Alemanha), verificou-se destaque para os direitos humanos de 2ª geração e a perspectiva de um Estado social de direito. A Constituição de 1934 perdurou por curto espaço de tempo (até 1937).

Características relevantes:

- Constituição rígida.
- Mantidas a República, a federação, a tripartição de poderes, o presidencialismo e o regime representativo.
- Forma republicana federativa fixada como cláusula pétrea.
- **Constitucionalização** do voto feminino e do voto secreto.
- Prestigiou a legislação trabalhista e a representação classista.
- Passou a prever o **mandado de segurança** e a **ação popular.**
- A Constituição ganhou novos títulos como, por exemplo, a ordem econômica e social; família; educação e cultura; e segurança nacional.
- Passou-se a admitir o casamento religioso com efeitos civil e facultou-se o ensino religioso nas escolas públicas.
- Previsão de "Deus" no preâmbulo (apesar da inexistência de religião oficial).
- Rompimento do bicameralismo rígido/paritário, estabelecendo-se um **bicameralismo desigual** (ou unicameralismo imperfeito) uma vez que o Senado atuava como mero colaborador da Câmara dos Deputados.

- O professor Pedro Lenza destaca a **influência do facismo** na Constituição de 1934, mencionando que "a Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos mediante **sistema proporcional** e **sufrágio universal**, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicasse **(representação corporativa de influência fascista)".**
- O Presidente da República exercia o Poder Executivo, com auxílio dos Ministros de Estado. Obs.: os Ministros passaram a ter **responsabilidade pessoal e solidária** com o Presidente da República.
- Órgãos do Poder Judiciário: Corte Suprema; Juízes e Tribunais federais; Juízes e Tribunais militares; Juízes e tribunais eleitorais.

8.4 Constituição de 1937

Marcada por ideais **autoritários** e **fascistas**, instalou a **ditadura** no país (Estado Novo), apelidada de "Polaca".

Características relevantes:

- O Parlamento foi **fechado** e o Governo manteve controle (domínio) do Judiciário.
- Enfraquecimento dos direitos fundamentais.
- Extinção da Justiça Eleitoral e dissolução dos partidos políticos (pelo Decreto-lei 37, de 02.12.1937).
- Nacionalização formal da economia - Estado centralizador atuando diretamente na economia (apesar disso houve crescimento no setor).
- Consolidação das Leis do Trabalho e direitos sociais (ex.: salário mínimo). Apesar disso, a greve e o "lockout" foram proibidos.
- República como forma de governo, e a forma de Estado é federal, mantida a divisão política e territorial.
- O país segue sendo laico, contudo, deixa de ser invocada a "proteção de Deus" na Constituição (preâmbulo).
- Mantida, em tese, a tripartição de poderes. Contudo, houve o esvaziamento dos poderes Legislativo e Judiciário.
- O Senado Federal deixou de existir, sendo o **Parlamento Nacional** composto pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal.
- Conforme menciona o Professor Pedro Lenza:

> "Cabe alertar, no entanto, que, segundo o art. 178, foram **dissolvidos** a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais, marcando-se eleições futuras para o novo Parlamento. Enquanto não se reunisse o Parlamento nacional, o Presidente da República tinha o poder de expedir **decretos-leis** sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Na prática, o Legislativo nunca chegou a se instalar".

- Presidente da República era a **autoridade suprema do Estado**.
- Órgãos do Poder Judiciário (que, repita-se, foi esvaziado): Supremo Tribunal Federal; Juízes e Tribunais dos Estados, do DF e dos Territórios; e Juízes e Tribunais Militares.
- Restrição da **manifestação do pensamento** (censura prévia).
- Admitida a **pena de morte** para crimes políticos e homicídio "cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade".
- Declaração do estado de emergência (revogado apenas em 1945) e a consequente suspensão de direitos e garantias individuais.
- Utilização da **tortura** como instrumento de repressão.
- Possibilidade de declaração do "estado de guerra".

8.5 Constituição de 1946

Getúlio Vargas foi expulso do poder (deposto pelas Forças Armadas), pelos Generais Gaspar Dutra e Góis Monteiro. Entre 29.10.1945 e 31.01.1946 o exercício do Poder Executivo ficou a cargo do Ministro Presidente do STF, José Linhares. Após, e mediante eleição (voto direto), o General Gaspar Dutra assumiu a Presidência da República.

O texto constitucional, **promulgado** em 18.09.1946, visava a redemocratização do País, inspirando-se "nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934. Na ordem econômica, procurou harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social" (Lenza).

Características relevantes:

- Forma de governo republicana e forma de Estado federativa.
- País continuou leigo, mas houve menção à expressão "Deus" no preâmbulo.
- Restabelecida a teoria da tripartição dos Poderes.
- Ressurge o **bicameralismo**, sendo o Poder Legislativo exercido pelo CN (CD + SF).
- **Constitucionalização** dos partidos políticos, vedada a organização, registro ou funcionamento quando contrariassem o regime democrático.
- Estrutura do Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal; Tribunal Federal de Recursos; Juízes e Tribunais militares; Juízes e Tribunais eleitorais; Juízes e Tribunais do trabalho.
- Restabelecidos o **mandado de segurança** e a **ação popular**.
- Consagrado o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.**
- Vedação às penas de morte (salvo previsão na legislação militar, em tempo de guerra), banimento, confisco e a pena de caráter perpétuo.
- Reconhecido o direito de greve.
- Parlamentarismo foi aprovado pelo CN em 02.09.1961 mas, após referendo realizado em 06.01.1963 retornou-se ao presidencialismo.

- **GOLPE MILITAR DE 1964**

O movimento militar de 1964 derrubou Jango da Presidência da República. Com isso, conforme leciona a doutrina, a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar uma vez que existia formalmente, mas o país era governado pelos Atos Institucionais e Complementares.

Obs.1: O AI 1 teve como auto Francisco Campos (que também elaborou a Constituição de 1937).
Obs.2: O **CN foi fechado** no ano de 1966 e reaberto para aprovação da Constituição de 1967 (AI 4/66).

8.6 Constituição de 1967

Há discussão em sede doutrinária se a Constituição de 1967 foi outorgada ou promulgada. Conforme lição do Professor Pedro Lenza:

> "(...) preferimos dizer que o texto de 1967 foi **outorgado** unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e "promulgado") pelo regime ditatorial militar implantado".

Características relevantes:

- Alta concentração de poder no âmbito federal, com esvaziamento dos Estados e Municípios.
- Forte preocupação com a segurança nacional.
- Forma de governo republicana e forma de Estado federativa. **Crítica:** "o que se percebeu foi um **duro "golpe" no federalismo**, mais se aproximando de um Estado unitário centralizado do que federativo" (Lenza).
- País continuou leigo, mas houve menção à expressão "Deus" no preâmbulo.
- Mantida a tripartição dos Poderes (em tese) mas as competências estavam concentradas no Poder Executivo.
- Poder Legislativo composto pela CD + SF – em que pese a diminuição de competências.
- Presidente da República legislava através de **decretos-leis,** podendo ser editados em situações de urgência ou interesse público relevante – desde que não resultassem em aumento de despesa sobre segurança nacional ou finanças públicas.
  Obs.: os decretos-lei, uma vez publicados, deveriam ser aprovados em 60 dias pelo CN (não sendo possível a emenda do texto). Contudo, se não fosse apreciado no prazo mencionado, haveria **aprovação por decurso de prazo**.
- Composição do Poder Judiciário:
  - Poder Judiciário da União: Supremo Tribunal Federal; Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho.
  - Havia previsão de Justiça Estadual.
- Possibilidade de suspensão de direitos políticos por **10 anos**.
- Possibilidade de perda da propriedade para fins de reforma agrária, mediante pagamento de indenização com títulos da dívida pública.

☐ O AI-5, de 13.12.1968 perdurou até 17.10.1978 (revogado pela EC n. 11). Quando o AI-5 foi baixado (por Costa e Silva), o CN foi **fechado** e assim ficou por mais de 10 meses.

8.7 EC n. 1/1969

Foi baixada por Militares e é considerada a manifestação de um novo poder constituinte originário, uma vez que "constitucionalizada a utilização dos Atos Institucionais", mantendo todos em vigor. Além disso, o mandato do PR foi aumentado para 5 anos e foi mantida a eleição indireta.

INÍCIO DA REDEMOCRATIZAÇÃO

- Apenas com o **pacote de junho de 1978** o AI-5 foi totalmente revogado e suspensas as medidas que, com base em tais disposições, cassaram direitos políticos. Além disso, passou-se a prever a impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo PR.
- **Lei da Anistia** – Lei 6.683/1979 – concedeu anistia para aqueles que, entre 02.09.1961 e 15.08.1979 cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
- **Reforma Partidária –** Lei 6.767/1979 – regulamentação do **pluripartidarismo** (fim do bipartidarismo).
- **Primeiro governo civil após o movimento militar de 1964** – em 1985 Tancredo Neves foi eleito (por **voto indireto**) ao cargo de Presidente da República. No entanto, veio a falecer antes de sua posse, de modo que o Vice-Presidente José Sarney assumiu a Presidência (15.03.1985 a 15.03.1990).

8.8 Constituição de 1988

Apelidada "Constituição Cidadã", em virtude da participação popular notória durante a sua elaboração, foi **promulgada** em 5 de outubro de 1988.

Características relevantes:

- Constituição rígida
- Ampliação do pluripartidarismo.
- Erradicação da censura à imprensa.
- Consolidação do sindicalismo e grandes centrais (CUT e CGT). Além disso, houve ampliação dos direitos dos trabalhadores.
- Manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo (via **plebiscito do art. 2º ADCT**).
- Fortemente influenciada pela Constituição portuguesa de 1976.
- Forma de Estado: Federação, com ampliação da autonomia administrativa e financeira dos entes.
- Brasil é um país laico, em que pese a expressão "Deus" no preâmbulo.

- Adoção da teoria tripartida de Montesquieu e da técnica dos **freios e contrapesos** (diminuindo a supremacia do Poder Executivo).
- Bicameralismo no Poder Legislativo – CD (representantes do povo) + SF (representantes dos Estados-Membros e do DF).
- Executivo é exercido pelo PR e Vice, com auxílio dos Ministros de Estado.
- São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

  Obs.: a CF/88 criou o STJ com o fim de uniformizar e interpretar lei federal em todo o país, consistindo em **órgão de convergência da Justiça comum**.
- Tornou o racismo e tortura como crimes inafiançáveis.
- Controle das omissões legislativas pela primeira vez: MI no controle difuso e ADI por omissão no controle concentrado.
- Introduziu-se a ADPF.
- Previsão, pela primeira vez, do mandado de segurança coletivo e do “habeas data”.
- Previsão, pela primeira vez, de um capítulo sobre “meio ambiente”.
- Separação (desvinculação) da Ordem Econômica e da Ordem Social.

Referência Bibliográficas:

Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado.
Marcelo Novelino. Curso de Direito Constitucional.
Dirley da Cunha Junior. Curso de Direito Constitucional.

META 2

DIREITO PROCESSUAL PENAL: INQUÉRITO POLICIAL

TODOS OS ARTIGOS RELACIONADOS AO TEMA

CF/88

- Art. 5º, LIV, LV e LVI
- Art. 5º, LVII
- Art. 5º, LX a LVVII
- Art. 5º, LXVIII e LXIX da CF/88
- Art. 129, VIII

CPP:

- Art. 3-A, CPP
- Art. 3-B, CPP
- Arts. 4º a 23, CPP
- Art. 28, CPP
- Art. 39, §§3º, 4º e 5º, CPP
- Art. 67, I, CPP
- Art. 107, CPP
- Art. 149, §1º, CPP
- Arts. 155 e 158, CP
- Art. 304, §1º, CP
- Art. 311, CPP
- Art. 378, II, CPP
- Arts. 395 e 397 do CPP
- Art. 405, §1º, CPP
- Art. 549, CPP

OUTROS DIPLOMAS LEGAIS:

- Lei 12.830/2013
- Lei 12.037/09 – art. 1º a 5º
- Art. 3º, I, 8º e 9º da Lei 9296/96
- Art. 1º, I da Lei 7960/899
- Arts. 9º ao Art. 28 do Código de Processo Penal Militar
- Art. 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB
- Art. 7º, §§10º e 11º do Estatuto da OAB
- Arts. 12, 30 e 32 da Lei de Abuso de Autoridade
- Arts. 28 e 51 da Lei de Drogas
- Art. 301, CTB

ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 5º, LX a LVVII da CF/88 • Art. 3º-B, inc.: IV, VIII, IX, X e XI, CPP • Art. 5º, caput, §§2º , 4º e 5º, CPP • Art. 6º, CPP • Art. 10, CPP • Arts. 13, 13-A e 13-B, CPP • Arts. 14 e 14-A, CPP • Arts. 16, 17, 18 e 20 do CPP • Art. 28, CPP • Arts. 395 e 397 do CPP • Art. 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB • Lei 12.830/2013 inteira (importantíssima!) • Art. 3º, IV da Lei 12.037/09

SÚMULAS RELACIONADAS AO TEMA
Súmula Vinculante 14-STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.
Súmula 524-STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

1. INQUÉRITO POLICIAL

1.1 Conceito

Conforme a doutrina clássica, o inquérito constitui um **procedimento administrativo** preparatório para o oferecimento da denúncia que tem como objetivo a reunião dos elementos de convicção que habilitem o órgão de acusação para a propositura da ação penal (pública ou privada).

Não é um processo, pois não há contraditório, e possui **natureza inquisitiva**, pois decorre da reunião, em uma mesma pessoa, das funções de iniciar, presidir e decidir o procedimento.

Pelo princípio da presunção de inocência, a investigação de pessoa em inquérito policial NÃO pode ser utilizada como fundamento para agravar a pena-base (Súmula 444 STJ).

1.1.1 Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO)

É um procedimento investigativo **substitutivo do inquérito** para os casos que envolverem infrações penais de menor potencial ofensivo, abarcando todas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não ultrapasse 02 (dois) anos.

Tem previsão expressa no art. 69 da Lei 9.099/95:

> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
>
> Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Exceções - hipóteses em que NÃO será possível lavrar termo circunstanciado de ocorrência:

1) **Infrações de menor potencial ofensivo com autoria ignorada** → o IP será lavrado mediante **portaria**, e não TCO, uma vez que não é possível que o autor do crime (desconhecido) compareça ao JECRIM.

2) **Crimes que demandam complexidade na investigação** → o IP será lavrado mediante **portaria**, e não TCO, uma vez que, nesses casos, não é possível observar os princípios que regem o Juizado Penal, quais sejam: simplicidade, celeridade e informalidade.

3) **Recusa a ser encaminhado para o JECRIM** → na hipótese de o indivíduo se recusar a comparecer no JECRIM, será lavrado **APF**, e não TCO.

Exceção da exceção: **Crime de porte de drogas para uso pessoal** (art. 28, Lei 11.343/06) → ainda que o autor se recuse a comparecer no JECRIM, será lavrado TCO, uma vez que não é possível impor um título prisional àquele que pratica esse delito.

4) **Nos crimes previstos no CTB, quando o autor não presta socorro imediato e integral à vítima** → será lavrado **APF**, considerando uma interpretação *a contrario sensu* do art. 301.

> Art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

Diferentemente do Inquérito Policial, o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) não é atribuição exclusiva da autoridade policial, visto que **NÃO possui natureza investigativa,** conforme entendimento do STF. Vejamos a jurisprudência da Corte Suprema:

O Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) não possui natureza investigativa, podendo ser lavrado por integrantes da polícia judiciária ou da polícia administrativa.

É constitucional — por ausência de usurpação das funções das polícias judiciárias — a prerrogativa conferida à Polícia Rodoviária Federal de lavrar termo circunstanciado de ocorrência (TCO), o qual, diversamente do inquérito policial, não constitui ato de natureza investigativa, dada a sua finalidade de apenas constatar um fato e registrá-lo com detalhes.

O TCO, nos moldes definidos pela Lei 9.099/1995, destina-se a registrar ocorrências de crimes de menor potencial ofensivo, sem dar margem a qualquer procedimento que acarrete diligências para esclarecimento dos fatos ou da autoria delitiva.

Esta Corte já reputou constitucional a lavratura de TCO por autoridade policial que não seja delegado de polícia, por considerar que essa atribuição não é exclusiva da polícia judiciária, tal como ocorre nos casos submetidos à investigação mediante inquérito policial.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, em apreciação conjunta, julgou improcedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 6º do Decreto 10.073/2019, na parte em que modificou o art. 47, XII, do Decreto 9.662/2019 (2)

ADI 6.245/DF, relator Ministro Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 17.2.2023 (sexta-feira), às 23:59. ADI 6.264/DF, relator Ministro Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 17.2.2023. (Info 1083).

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCAL 2023): O termo circunstanciado pode ser realizado por bombeiro militar, desde que lei estadual especifique tal atribuição e que o procedimento seja homologado pela autoridade policial. (item considerado incorreto).

Conforme decidido pelo STF, no bojo da ADI 5637/MG, veiculada no informativo nº 1.046: “É constitucional norma estadual que prevê a possibilidade da lavratura de termos circunstanciados pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiro Militar”. Neste sentido, o procedimento prescinde de homologação por autoridade policial, em oposição ao que fora estabelecido pela alternativa.

1.1.2 Investigação Preliminar

O Estado, ao tomar conhecimento de uma infração penal, no uso do seu *jus puniendi*, dá início à persecução penal. Assim, o que até então estava somente em um plano abstrato (normas), passa a existir no plano concreto, através da persecução penal, que pode ser compreendida como “conjunto de atividades levadas adiante pelo Estado, objetivando a aplicação da norma penal ao infrator da lei”.

Nessa esteira, temos que a persecução penal é composta por uma fase preliminar investigatória e por uma fase judicial.

A fase preliminar, na maior parte das vezes, é marcada pela existência do Inquérito Policial. **O inquérito policial figura como principal instrumento investigatório**. Contudo, NÃO se trata do único meio, existindo outras formas, por exemplo, as investigações feitas pelo MP, pelas CPIs e o TCO.

1.2 Conceito Tradicional de Inquérito Policial

Segundo o autor Renato Brasileiro, o inquérito policial deve ser compreendido como sendo "procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, com o objetivo de identificar fontes de prova e colher elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de permitir que o titular da ação penal possa ingressar em juízo".

a) Presidido pela autoridade policial:

O inquérito policial será presidido pela autoridade policial, referindo-se à "pessoa" do Delegado de Polícia. Nesse sentido, a Lei nº 12.830/13 – art. 2º. "As funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais exercidas pelo **Delegado de Polícia** são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado".

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

Diante dos diplomas legais acima apontados, resta claro que a autoridade policial a qual o CPP faz menção é a figura do "Delegado de Polícia", sendo atribuição deste a presidência do Inquérito Policial.

Os delegados de polícia não possuem competência, tampouco exercem jurisdição, terminologias relativas a atributos próprios das autoridades judiciárias. As autoridades policiais possuem **atribuições** que devem exercer no âmbito de sua circunscrição.

Segundo Távora e Alencar, existem três critérios que definem a atribuição do delegado de polícia. São eles:

- **critério territorial**: refere-se à circunscrição na qual o delegado exerce a sua atribuição e deve atuar;
- **critério material**: envolve a atuação das delegacias especializadas, responsáveis pela investigação e repressão de delitos de maneira especializada;
- **critério pessoal**: leva em consideração as condições, qualidades e características da vítima da infração penal.

E se a investigação policial for desencadeada por delegado de polícia em relação a fato ocorrido fora de sua circunscrição?

O art. 4º, do CPP, limita a atuação da polícia ao território de suas respectivas circunscrições, de modo que poderia ser cogitada a existência de um vício no procedimento, que ocasionaria a sua nulidade.

Segundo Norberto Avena a despeito de a situação narrada importar em infringência ao art. 4º do CPP, não se terá como contaminado o flagrante lavrado ou o inquérito instaurado e eventualmente

presidido por delegado pertencente à circunscrição distinta daquela onde ocorreu o fato. O doutrinador esclarece que esta ideia é extraída de três premissas básicas:
1ª: A circunstância de estar consolidado na jurisprudência o entendimento no sentido de que, tratando-se de mera peça de informação, **não há de se falar em nulidade de inquérito policial** e, muito menos, em nulificação da ação penal pelo fato de ter sido iniciada a partir de procedimento policial instaurado por autoridade de outra circunscrição.
2ª: O fato de que o art. 5º, LIII, da Constituição Federal, dispondo que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", não se aplica às autoridades policiais, as quais não têm, entre suas funções, a incumbência de processar ou sentenciar, como consta no dispositivo. Por essa razão, a mesma jurisprudência que aceita e consagra no ordenamento jurídico pátrio o princípio do Promotor Natural ("ninguém será processado [...] senão pela autoridade competente") e o princípio do Juiz Natural ("ninguém será [...] sentenciado senão pela autoridade competente") **refuta, em sua maioria, a existência de um princípio do Delegado Natural**.
3ª: A razão de os critérios que definem a circunscrição territorial do delegado serem estabelecidos por **regras administrativas, não sendo peremptórios** a ponto de a inobservância macular a investigação.

b) Dupla função do inquérito policial:

- **Preservação:** a preexistência de um inquérito evita a instauração de um processo penal temerário, resguardando os direitos do acusado injustamente e evitando custos desnecessários para o Estado.
- **Preparação:** fornece elementos de informação para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, além disso, os elementos de informação são úteis para o MP formar sua *opinio delicti* e para decretar as medidas cautelares no bojo da investigação.

A doutrina tradicional sempre destacou que a principal função do inquérito policial é reunir elementos suficientes sobre o fato criminoso para que o titular da ação penal possa exercer a sua pretensão acusatória. Essa visão materializa a **FUNÇÃO PREPARATÓRIA,** segundo a qual a investigação criminal tem a finalidade de servir de instrumento ao titular da ação penal.

Entretanto, admitir esta como a única função, trata o inquérito a partir de uma visão reducionista, com o caráter unidirecional. Nesse contexto, destaca-se a **FUNÇÃO DE FILTRO**, que passa a ser sustentada, a partir da perspectiva de que a investigação possui, ao menos, função dúplice. A função preservadora ou de filtro processual impede que acusações infundadas desemboquem em um processo. Segundo a doutrina de Henrique Hoffmann:

> "Além da função preparatória, de amparar eventual denúncia com elementos que constituam justa causa, existe a função preservadora, de garantia de direitos fundamentais não somente de vítimas e testemunhas, mas do próprio investigado, evitando acusações temerárias ao possibilitar o arquivamento de imputações infundadas. Assim, além de a função preparatória não ser a única, ela sequer é a mais importante."

Embora a doutrina majoritária disponha acerca da dupla função do inquérito policial, ensinamentos mais especializados passam a estudar outras funções da fase preliminar investigatória. Nesse contexto, as funções da investigação podem ser classificadas em **essenciais** e **acidentais**, de modo que, em síntese, temos:

i. Funções Essenciais:

- PREPARAR/VIABILIZAR o exercício de uma pretensão acusatória, formando subsídios de materialidade e autoria para que os titulares da ação penal possam intentá-la **- FUNÇÃO PREPARATÓRIA**;
- PRESERVAR o Estado e o acusado, já que se consubstancia em um verdadeiro óbice a ser enfrentado antes da fase processual, considerando as elevadas repercussões da persecução penal como um todo para o Estado e para o imputado **- FUNÇÃO PRESERVADORA**;
- FILTRAR, como verdadeiro instrumento democrático, o que de fato deve ser objeto da persecução penal estatal, impedindo o prosseguimento de imputações infundadas, evitando dispêndios de verbas públicas desnecessariamente e, especialmente, salvaguardando os caros direitos fundamentais do investigado e garantindo harmonia social **- FUNÇÃO DE FILTRO PROCESSUAL**;
- DESCOBRIR O FATO OCULTO, REDUZINDO AS *"CIFRAS NEGRAS"*, de modo que se estruture e estabeleça uma investigação criminal eficiente que não seja tão dependente da provação da vítima do ilícito, considerando, especialmente, a existência dos crimes vagos que têm por sujeito passivo as entidades sem personalidade jurídica, no fito de concretizar a função preventiva do cometimento de ilícitos penais e diminuindo o vácuo entre a criminalidade real e a criminalidade revelada **- FUNÇÃO DE DESCOBERTA DO FATO OCULTO.**

ii. Funções Acessórias:

- SIMBOLIZA o *Jus Puniendi* Estatal que atua na elucidação das infrações penais, apura os elementos necessários para demonstrar a materialidade e identificar a autoria criminal, apresentando um aspecto negativo dissuadindo possíveis infratores e um aspecto positivo voltado a fomentar a fidelidade dos cidadãos à ordem social que integram **- FUNÇÃO SIMBÓLICA;**
- REPARAR E/OU SATISFAZER o *statu quo ante* à prática do crime, tanto para o autor quanto para a vítima, assumindo essencial protagonismo estatal e social no restabelecimento da ordem e confiança na existência do Estado, amenizando os danos causados pelos ilícitos penais e desarticulando as estruturas voltadas e/ou provenientes da prática de atos ilícitos - **FUNÇÃO REPARATÓRIA/RESTAURATIVA.**

c) Objetivo do inquérito policial:

O inquérito policial possui a finalidade de **identificar fontes de prova** e proceder com a **colheita de elementos informativos** acerca da materialidade e autoria da infração penal.

Inicialmente, cumpre destacar que as expressões fontes de prova e elementos de informação não possuem o mesmo sentido.

Nessa linha, **fontes de prova** são todas pessoas ou coisas que tem algum conhecimento sobre o fato delituoso. São anteriores ao processo e tem sua existência independentemente do próprio processo (ex.: o cadáver em hipótese de homicídio).

Atenção! Fonte de prova é tudo que está fora dos autos e que tem algum conhecimento sobre o fato delituoso. As fontes de prova derivam do fato delituoso independentemente do processo, e são por trazerem alguma informação sobre a autoria e/ou materialidade do fato delituoso.

O conceito de elementos informativos não se confunde com o conceito de **provas**. O art. 155 do CPP trouxe a distinção entre os elementos informativos e a prova.

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos **elementos informativos** colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

→ **Prova:** aquilo que é produzido em contraditório judicial.
→ **Elementos informativos:** colhidos na investigação.
→ **Exceções:** provas cautelares/ não repetíveis e antecipadas - são elementos colhidos na investigação que têm natureza jurídica de prova.

Vamos esquematizar as diferenças peculiares entre elementos de informação e provas:

Elementos informativos	Provas
Colhidos na fase investigatória (IP, PIC, etc.).	Em regra, produzido na fase judicial sob o crivo do contraditório judicial. É a regra, porque existem situações excepcionais em que a prova seria produzida sem ser na fase judicial.
Não é obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa (mesmo com o advento da Lei nº 13.245/2016).	É obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa.
O juiz deve intervir apenas quando necessário, e desde que seja provocado nesse sentido. Em nosso ordenamento jurídico não se admite a atuação de ofício do magistrado na fase investigatória, visto que ele não é dotado de iniciativa acusatória.	A prova deve ser produzida na presença do juiz. A presença pode ser direta ou remota.
Finalidade: úteis para a decretação de medidas cautelares e auxiliam na formação da *opinio delicti* (convicção do titular da ação penal).	Finalidade: auxiliar na formação da convicção do juiz, conforme menção expressa no art. 155 → Sistema do livre convencimento motivado.

Obs.1: O fato de o advogado assistir o investigado na fase do inquérito policial NÃO retira daquele a característica de ser "elemento informativo" [Veremos mais ao abordar a inquisitoriedade como característica do IP].

Obs.2: O juiz não deve atuar de ofício na fase investigatória, sob pena de violação ao sistema acusatório e do princípio da imparcialidade. Inclusive, é com base nesse entendimento que o Pacote Anticrime positivou, de forma expressa, a adoção do Sistema Acusatório pelo nosso Ordenamento Jurídico.

> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O STF, por maioria, decidiu dar interpretação conforme ao art. 3º-A para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites autorizados, pode determinar a realização de **diligências suplementares**, para o fim de dirimir dúvida relevante no julgamento do mérito (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305).

Desvalor probatório do inquérito policial:

Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, **elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para uma condenação, sob pena de violação da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa**. No entanto, pela letra fria da lei (art. 155, *caput* do CPP), tais elementos poderiam ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório.

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente** nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Consequências do desvalor probatório do IP:

Ora, se os elementos colhidos em sede de investigação criminal não podem embasar com exclusividade uma sentença condenatória, no mesmo sentido **eventuais vícios constantes do IP não têm o condão, em regra, de contaminar o processo**. Isso porque, as informações somente serão utilizadas como *obter dictum* de uma decisão.

Logo, em regra, os vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal subsequente. No entanto, parte da doutrina (majoritária) afirma que, quando estivermos diante das chamadas provas ilícitas (ex.: acesso ao WhatsApp sem autorização judicial), haverá sim a contaminação do processo, já que tais vícios

comprometem a **justa causa**, que é justamente o lastro probatório mínimo para dar ensejo à ação penal. Esse é o entendimento consolidado também na jurisprudência. Veja:

> **Via de regra, eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal.**
> Eventual nulidade na oitiva do acusado no curso da investigação preliminar não tem o condão de nulificar o recebimento da denúncia e a ação penal deflagrada, quando existam elementos autônomos que sustentam a decisão impugnada. Ademais, cabe ressaltar que eventuais vícios na fase extrajudicial não contaminam o processo penal, dada a natureza meramente informativa do inquérito policial. STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 124.024/SP. Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/09/2020.
>
> O inquérito policial constitui procedimento administrativo, de caráter informativo, cuja finalidade consiste em subsidiar eventual denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público, razão pela qual irregularidades ocorridas não implicam, de regra, nulidade de processo-crime. STF. 1ª Turma.HC 169.348/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/12/2019.
>
> Jurisprudência em Teses do STJEDIÇÃO N. 69: NULIDADES NO PROCESSO PENAL:
> "As nulidades surgidas no curso da investigação preliminar não atingem a ação penal dela decorrente".

Em 2019, o STF (HC 169348/RS) proferiu decisão no sentido de que não há nulidade na ação penal instaurada e apurada pela Polícia Federal, quando deveria ter sido conduzida, na realidade, pela polícia civil. Veja:

> “A Polícia Federal, sob a supervisão do Ministério Público estadual e do Juízo de Direito, conduziu inquérito policial destinado a apurar crimes de competência da Justiça Estadual. Entendeu-se que a Polícia Federal não tinha atribuição para apurar tais delitos considerando que não se enquadravam nas hipóteses do art. 144, § 1º da CF/88 e do art. 1º da Lei nº 10.446/2002. **A despeito disso, o STF entendeu que não havia nulidade na ação penal instaurada com base nos elementos informativos colhidos.** O fato de os crimes de competência da Justiça Estadual terem sido investigados pela Polícia Federal não geram nulidade. Isso porque esse procedimento investigatório, presidido por autoridade de Polícia Federal, foi supervisionado pelo Juízo estadual (juízo competente) e por membro do Ministério Público estadual (que tinha a atribuição para a causa). **O inquérito policial constitui procedimento administrativo, de caráter meramente informativo e não obrigatório à regular instauração do processo-crime, cuja finalidade consiste em subsidiar eventual denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público, razão pela**

> **qual irregularidades ocorridas não implicam, de regra, nulidade de processo-crime**" (Info. 964) - grifo nosso.

Obs.: Declinada a competência do feito para a Justiça Estadual, **não cabe à Polícia Federal prosseguir nas investigações.** As circunstâncias descritas evidenciam a **nulidade das investigações realizadas pela Polícia Federal a partir do declínio da competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual**. Assim, identifica-se flagrante ilegalidade na continuidade das investigações pela Polícia Federal, a despeito da decisão que declinou da competência para a Justiça estadual e determinou expressamente que o processamento do inquérito policial tivesse prosseguimento perante a Polícia Civil. STJ. HC 772.142-PE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 23/3/2023, DJe 3/4/2023. (Info 773).

O tema é tão importante que há diversas outras decisões no mesmo sentido:

> STF (RHC 131450/DF): "(...) A **suspeição de autoridade policial** não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é mera peça informativa, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal. Assim, é inviável a anulação do processo penal por alegada irregularidade no inquérito, pois, segundo jurisprudência firmada no STF, as nulidades processuais estão relacionadas apenas a defeitos de ordem jurídica pelos quais são afetados os atos praticados ao longo da ação penal condenatória".
>
> STF (HC 85.286): "(...) Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação [tecnicamente é processo] penal, que tem instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito".
>
> STF (RE-AgR 425.734/MG): "Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo".

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCBA 2022): O inquérito policial é um procedimento preliminar, extrajudicial e preparatório para a ação penal, sendo por isso considerado como a primeira fase da persecutio criminis; é instaurado pela polícia judiciária e tem como finalidade a apuração de infração penal e de sua respectiva autoria (item considerado correto).

(Delegado da PCAL 2023): Não é cabível exceção de suspeição contra a autoridade policial (item considerado correto).

1.2 Natureza Jurídica

É um mero **procedimento administrativo**, razão pela qual - conforme visto anteriormente - os vícios constantes do inquérito não têm o condão de contaminar o processo penal subsequente, salvo nos casos de provas ilícitas.

> Lei nº. 12.830/2013 Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
>
> §1º. Ao delegado de polícia, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo, a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

2. CARACTERÍSTICAS

a) **Procedimento administrativo de caráter investigatório:** Não existe um rito ou uma ordem determinada pela lei, razão pela qual não é possível o reconhecimento de nulidade procedimental.

b) **Preparatório e informativo:** Busca apurar indícios de autoria e materialidade para a propositura de ação penal.

c) **Obrigatório:** Sempre que tomar conhecimento da ocorrência de infração penal que caiba ação penal pública incondicionada deverá instaurar o inquérito.

Pergunta-se: **O Delegado de Polícia pode deixar de lavrar auto de prisão em flagrante, nas hipóteses em que é cabível?** R.: Há divergência doutrinária sobre o tema.

Parte da doutrina afirma que **NÃO**. Isso porque, o delegado de polícia deve fazer um juízo apenas quanto à tipicidade formal e punibilidade. Em outras palavras: a análise do delegado de polícia restringe-se tão somente à existência de autoria e materialidade típica e punível, não possuindo qualquer margem de atuação quanto às excludentes.

Por outro lado, a doutrina moderna vem entendendo que **SIM.** Conforme esse entendimento, o delegado de polícia possui margem de atuação para o controle de excludentes cabais da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de modo que pode deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante quando se deparar com tais circunstâncias. Nessa hipótese, o delegado não lavra o APF, fazendo apenas o registro de ocorrência.

ATENÇÃO! A título de exemplo, a Polícia Civil dos Estados do Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo atuam no sentido da doutrina moderna, de modo que os delegados de polícia deixam de lavrar o APF quando há manifesta causa de excludente da tipicidade (formal ou material), ilicitude ou culpabilidade.

d) **Indisponível para a autoridade policial:** A indisponibilidade do IP está relacionada com a impossibilidade de o Delegado de Polícia arquivá-lo, nos moldes do art. 17 do CPP.

> Fundamento legal: Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

e) **Dispensável para a persecução penal:** O inquérito é uma peça meramente informativa que tem a finalidade de colher elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria. Contudo, caso o titular da ação penal disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito será dispensável.

Obs.1: Parte da doutrina entende que a dispensabilidade do inquérito policial é um dos fundamentos para a não contaminação do processo penal por eventuais vícios constantes do IP.

> Fundamento Legal:
> Art. 39, §5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.
>
> Art. 12 do CPP: O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

Obs.2: Nessa esteira, o STF já decidiu (Info 714), que é possível o oferecimento de ação penal com base em provas colhidas no âmbito de **inquérito civil** conduzido por membro do Ministério Público.

> **Denúncia formulada com base em inquérito civil.**
> É possível o oferecimento de ação penal (denúncia) com base em provas colhidas no âmbito de inquérito civil conduzido por membro do Ministério Público. STF. Plenário. AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 7 e 8/8/2013 (Info 714).

f) **Escrito:** Vide art. 9º, CPP, segundo o qual, todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade;

Modernamente diz-se que é um procedimento que deve ser documentado, e não escrito. Documentado porque, hoje, em muitos Estados, o inquérito policial é digital. São tomados depoimentos, declarações, interrogatórios, tudo por áudio visual.

Ressalta-se que é necessário documentar e relatar todos os elementos que foram encontrados. Nesse sentido, dispõe o artigo 9º do Código de Processo Penal:

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

Percebam que o dispositivo diz que ele deve ser escrito, datilografado e rubricado. Com o inquérito digital não há mais necessidade desses procedimentos, pois todas as peças são digitais.

Pergunta-se: Mas há previsão legal para isso?
SIM. Vejam o teor do art. 405, §1º, CPP:

> Art. 405, § 1º. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do **investigado, indiciado**, ofendido e testemunhas **será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual,** destinada a obter maior fidelidade das informações.

Percebam que a lei se valeu da expressão **investigado e indiciado**, denominação técnica inerente ao inquérito policial.

g) Sigiloso: Vide art. 20, *caput*, CPP.

É cediço que a CF, em seu art. 93, IX garante o direito à publicidade. Contudo, o princípio da publicidade é válido na fase judicial da persecução penal, e não na fase investigatória. Nas investigações, em regra, o inquérito policial deve ser conduzido de maneira sigilosa, até mesmo para se garantir a **eficácia das investigações**.

O artigo 20, do CPP dispõe que a autoridade assegurará, no inquérito, o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Assim, se a autoridade policial verificar que a publicidade pode causar prejuízo à elucidação dos fatos, pode decretar o sigilo do inquérito. No entanto, é direito do advogado ter acesso aos autos **já documentados e desde que não frustre diligências em andamento.**

Segue a dica do Prof. Matheus de Palma:

https://youtu.be/WI9z6eTayvE

A doutrina afirma que o sigilo no inquérito policial possui uma dupla função:

1) **Utilitarista:** é importante para assegurar a eficácia das investigações. Ex.: não pode divulgar a decretação da interceptação telefônica, sob pena da prova ser prejudicada.
2) **Garantista:** é importante para preservar os direitos dos investigados. Ex.: evitar a exposição midiática do investigado (presunção de inocência sob a perspectiva da regra de tratamento).

Nesse sentido, o CPP:

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

Assim, temos:

- **Regra:** a investigação preliminar deve tramitar de forma sigilosa, sob pena de frustrar a eficácia das medidas.
- **Exceção:** publicidade. Ex.: **Retrato Falado** - chega a ser, inclusive, importante para o desenvolvimento das investigações a publicidade nesta hipótese. Nesse caso, a publicidade é de caráter importante para constatar outras pessoas que foram vítimas daquele criminoso.

Acesso do Advogado aos autos do Inquérito Policial:

Pergunta-se: **O advogado tem acesso aos autos do Inquérito Policial? Precisa de procuração? Precisa de autorização Judicial prévia? Qual o grau de acesso?**

Inicialmente, é preciso considerar que o sigilo pode ser:

- **Interno ou endógeno:** não podendo ser oponível ao juiz, membro do MP e ao advogado do indiciado.
- **Externo ou exógeno:** se opõe a terceiros estranhos aos autos.

O sigilo do inquérito policial é um sigilo, em regra, **externo**. Ou seja: não é possível opor sigilo às "partes", como defensor, membro do MP e juiz. Vejamos:

1) A CF/88 assegura, em seu art. 5º, LXIII, a assistência do advogado, de modo que o direito à defesa é uma garantia constitucional.

> CF, art. 5º. LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de **advogado**.

2) O Estatuto da OAB prevê que, em regra, o advogado não precisa de procuração para acessar os autos:

> Art. 7º – São direitos do advogado:
> XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, **mesmo sem procuração**, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.
>
> §10º. **Nos autos sujeitos a sigilo**, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos que trata o inciso XIV.

3) A Súmula vinculante 14 prevê que o advogado tem o direito de acessar as informações **que digam respeito ao direito de defesa**, desde que já documentadas nos autos, para que não haja risco ao comprometimento da eficácia das diligências em curso.

> **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.

Atenção a jurisprudência sobre o tema:

> **É cabível o acesso aos elementos de prova já documentados nos autos de inquérito policial aos familiares das vítimas, por meio de seus advogados ou defensores públicos, em observância aos limites estabelecidos pela Súmula Vinculante n. 14.** Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 18/4/2023, DJe 3/5/2023.

O STF, em decisão veiculada no Info 964, entendeu que **a negativa de acesso ao investigado a peças que digam respeito a dados sigilosos de terceiros, que não possuem relação com seu direito de defesa, não ofende a Súmula Vinculante 14.**

> Mesmo que a investigação criminal tramite em segredo de justiça será possível que o investigado tenha acesso amplo autos, inclusive a eventual relatório de inteligência financeira do COAF, **sendo permitido, contudo, que se negue o acesso a peças que digam respeito a dados de terceiros protegidos pelo segredo de justiça. Essa restrição parcial não viola a súmula vinculante 14. Isso porque é excessivo o acesso de um dos investigados a informações, de caráter privado de diversas pessoas, que não dizem respeito ao direito de defesa dele**. STF. 1ª Turma. Rcl 25872 AgR-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 17/12/2019 (Info 964).

4) O Estatuto da OAB - Lei nº 8.906/94 (redação dada pela Lei nº 13.245/16) passou a prever a possibilidade de o advogado acompanhar seus clientes durante a apuração das infrações.

Obs.: Isso não altera a natureza inquisitorial do IP. Ou seja: a participação do advogado não se torna obrigatória, mas apenas facultativa. Na hipótese de o advogado querer acompanhar seu cliente, o Delegado de polícia não poderá obstar sua participação.

> XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

CAIU EM PROVA

(Delegado da PCMG 2018 – Questão Discursiva): Caso seja injustificadamente negado ao defensor do investigado o acesso ao inquérito policial, QUAIS MEDIDAS JUDICIAIS são cabíveis, visando à obtenção de acesso aos autos da investigação?

O candidato deveria contextualizar a questão abordando que uma das características do inquérito policial é o sigilo; que este sigilo possui uma dupla função; que se trata de um sigilo eminentemente externo. Após contextualizar, deve passar à resposta da questão: São 3 os mecanismos judiciais previstos em caso de recusa injustificada por parte do Delegado de Polícia:

1) **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal**: em razão da ofensa à SV 14 do STF.
2) **Mandado De Segurança**: em razão da ofensa ao direito líquido e certo do advogado de ter acesso a inquérito policial (artigo 7, inciso XIV da lei 8.906/94
3) **Habeas Corpus**: em razão da ofensa ao art. 5º, LXVIII da CF/88.

ATENÇÃO: Apesar de o advogado ter o direito de acessar aos autos do inquérito policial, a própria lei aponta exceções, como por exemplo, em crime nos quais seja decretado o **segredo de justiça**, em que não poderá outro advogado, senão o do investigado ter acesso aos autos.

Os **crimes contra a dignidade sexual** tramitam em segredo de justiça (art. 234-B), sendo assim, somente o advogado do investigado pode ter acesso.

> **Art. 234-B**. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

No mesmo sentido, os **crimes praticados por Organização Criminosa** (Lei 12.850/2013):

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

Sobre o tema, ainda, destacamos a jurisprudência:

> **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.**
> 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 (Info 933). Fonte: Dizer O Direito.

h) Ausência de contraditório (procedimento inquisitorial):

Diferentemente do processo, que é acusatório e exige, para a sua validade, a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, no inquérito policial esses elementos são apenas acidentais, perfeitamente dispensáveis. Nas palavras de Renato Brasileiro:

> "Cuida-se, a investigação preliminar, de mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, e não de processo judicial ou administrativo. Dessa fase pré-processual não resulta a aplicação de uma sanção, destinando-se tão somente a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa dar início ao processo penal. Logo, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, como ocorre, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, não se pode exigir a observância do contraditório e da ampla defesa nesse momento inicial da persecução penal" (LIMA, 2017, p. 120).

#DICA DD!
Em provas objetivas: NÃO existe a ampla defesa e contraditório em sede de inquérito policial.
Na realidade: PODE existir ampla defesa e contraditório em sede de inquérito policial, entretanto, se não existir, o inquérito continua a ser válido, ao contrário do que ocorre no processo, que passa a ser inválido. Um exemplo disso é o artigo 5°, inciso LXIII da CRFB de 1988, que afirma que o indiciado terá direito ao silêncio e à assistência de um advogado. Assim, isso já mostra um direito defesa do indiciado.

i) Oficiosidade: Ao tomar conhecimento do crime, a autoridade policial age de ofício, independente de provocação.

Contudo, há de se ter em mente que, para que a Autoridade Policial haja de ofício, depende da natureza da ação penal do crime em análise. O Delegado só pode atuar de ofício em crimes cuja ação penal seja pública incondicionada, porquanto, caso seja condicionada à representação ou de iniciativa privada, deve aguardar a referida representação ou requerimento para deflagrar o procedimento administrativo.

> Art. 5o Nos crimes de **ação pública** o inquérito policial será iniciado:
> I - De ofício;

II - Mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para **representá-lo.**
§ 5o Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a **requerimento** de quem tenha qualidade para intentá-la.

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

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PC-BA 2022): Em regra, a autoridade policial deve instaurar inquérito policial de ofício, sem aguardar provocação, estando dispensada a anuência dos envolvidos e a necessidade de requerimento ou requisição de quem quer que seja (item considerado correto).

Considerando a oficiosidade do inquérito policial, o STJ decidiu, em 2019 (Info 652) que é possível deflagrar investigação criminal com base em **matéria jornalística**.

j) Oficialidade: Somente os órgãos estatais podem presidir o inquérito policial.

A Presidência da Investigação é Privativa da Polícia Judiciária?

A presidência de investigação criminal NÃO é privativa da polícia judiciária, pois **outras autoridades podem presidir a INVESTIGAÇÃO.** Vejamos:

- **TJ ou PGJ:** Inquérito para apurar crime praticado por juiz ou promotor;
- **CPI:** Inquérito parlamentar;
- **Investigação por agentes da Administração;**
- **Inquérito do CADE;**
- **Investigação pela comissão de inquérito do BACEN:** Segundo o STF, o relatório dessa comissão, encaminhado ao MP, constitui justa causa para o oferecimento de ação penal.
- **Ministério Público:** Embora o tema seja polêmico, a 2ª Turma do STF já admitiu que o MP investigue, sem que isso implique usurpação de função da polícia civil (HC 91661). Outrossim, promotor que atue investigando na fase preliminar NÃO estará impedido de oferecer denúncia (Súmula 234 STJ).
- **Forças Armadas:** nos crimes militares da competência da Justiça Militar da União, as investigações serão realizadas pelas Forças Armadas através de um inquérito policial militar. Já nos crimes militares de competência da Justiça Militar Estadual será competente a Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros.

ATENÇÃO: A presidência da investigação pode não ser privativa da Autoridade Policial, **mas a do INQUÉRITO POLICIAL é**, vide Lei 12.830/13.

k) Procedimento discricionário: discricionariedade significa liberdade de atuação dentro dos parâmetros legais.

Existe uma liberdade de atuação da Autoridade Policial nos limites traçados pela lei. Por exemplo, ao teor dos arts. 6 e 7º do CPP, consta um rol exemplificativo de diligências que poderão ser realizadas pelo Delegado de Polícia. Não há um rito procedimental rígido que deve ser observado pelo Delegado, trata-se de rol exemplificativo. Assim, a diligência será realizada ou não, a cargo da liberdade de atuação da autoridade.

A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade.

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

ATENÇÃO: A discricionariedade não é de caráter absoluto, de modo que **existem diligências que são de realização obrigatória**. Assim, quanto a estas, o delegado não poderia negar a sua realização, como na hipótese do exame de corpo de delito.

O Delegado de Polícia só pode indeferir requerimentos quando se tratarem de diligências impertinentes e protelatórias, não podendo indeferir as relevantes, como, por exemplo, o exame de corpo de delito.

Nesse sentido, o artigo 158, CPP dispõe que quando a infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito é imprescindível.

> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

l) Temporário: obviamente o IP tem prazo para finalizar. Doutrina moderna defende que a garantia da razoável duração do processo também se aplica ao inquérito policial, evitando-se com isso inquéritos "eternos".

Ressalvados os prazos previstos em leis especiais, em regra, temos o seguinte cenário:

- Indiciado preso (inclusive preso provisório) - 10 dias (art. 10);
- Indiciado solto - 30 dias.

Prazo para concluir o inquérito policial:

	Indiciado preso	Indiciado solto
Regra Geral (art. 10, CPP)	10 dias Prorrogável por até 15 dias[1]	30 dias
Polícia Federal	15 dias Prorrogável por mais 15 dias	30 dias
Crimes contra a economia popular	10 dias	10 dias

Lei de drogas	30 dias Prorrogável por mais 30 dias	90 dias Prorrogável por mais 90 dias
Inquéritos Militares	20 dias	40 dias Prorrogável por mais 20 dias

[1]O Pacote Anticrime trouxe a possibilidade de o Juiz das Garantias **prorrogar o inquérito policial na hipótese de investigado preso** – o que não era admitido pela doutrina majoritária. Assim, o juiz das garantias poderá determinar a prorrogação do inquérito policial **por até 15 dias**, mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, possibilitando a conclusão das investigações.

> Art. 3º, § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

No julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, o STF conferiu interpretação conforme ao dispositivo, **reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação e que a inobservância do prazo previsto em lei não implica na revogação automática da prisão preventiva**, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram, nos termos da ADI 6.581.

CAIU EM PROVA:
(Delegado da PCMG 2021): Acerca dos prazos para encerramento de inquéritos policiais, considerando o disposto no Título II do CPP ("Do Inquérito Policial") e a legislação extravagante, é CORRETO afirmar que caso um dos investigados seja preso preventivamente no curso das investigações, a Autoridade Policial terá, como regra, o prazo de 10 dias após o cumprimento da ordem de prisão para finalizar o inquérito (item considerado correto).

(Delegado da PCES 2022): O prazo para o delegado de polícia civil concluir o inquérito policial é de trinta dias, se o indiciado estiver solto, configurando constrangimento ilegal a superação desse prazo sem autorização judicial, por se tratar de prazo próprio (item considerado incorreto).

O prazo de conclusão do inquérito policial quando o acusado estiver solto é impróprio, nos termos da jurisprudência do STJ. Conforme o Informativo 747: "O prazo para a conclusão do inquérito policial, em caso de investigado solto é impróprio. Assim, pode ser prorrogado a depender da complexidade das investigações. Contudo, consoante precedentes desta Corte Superior, é possível que se realize, por meio de habeas corpus, o controle acerca da razoabilidade da duração da investigação, sendo cabível, até mesmo, o trancamento do inquérito policial, caso demonstrada a excessiva demora para a sua conclusão."

m) **Unidirecional:** Em verdade, poucos processualistas adotam essa característica, relacionada a função da autoridade policial que seria única e exclusivamente a de apurar as infrações penais, descabendo

qualquer juízo de valor, que deverá ser realizado apenas pelo representante do Ministério Público, para quem o inquérito é dirigido, uma vez que este é o titular privativo da ação penal (art. 129, I, CF 88). Nesse sentido, a doutrina de Paulo Rangel:

> "Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial."

Contudo, a doutrina moderna vem abandonando tal característica, uma vez que ela limita a atividade policial. Nesse sentido, o autor André Nicolitt sustenta que o delegado possui **a função de investigar e também de realizar uma análise técnico-jurídica.** Para o doutrinador, quando a autoridade policial analisa um APF, estaria verificando todos os substratos do crime (fato típico, ilícito e culpável). Somado a isso, entende que a finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada apenas na ótica da preparação do processo penal, mas também a serviço de impedir acusações infundadas, bem como, muitas das vezes, destinando-se ao exercício da própria defesa.

Assim, o delegado de polícia exerce uma função preparatória e garantidora de direitos fundamentais, caracterizando a **bilateralidade / bidirecionalidade** do inquérito policial. No mesmo sentido, Henrique Hoffman:

> "A função investigativa formalizada pela Polícia Judiciária está longe de se resumir a um suporte da acusação, não possuindo um caráter unidirecional. A finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada sob a ótica exclusiva da preparação do processo penal, mas principalmente à luz de uma barreira contra acusações infundadas e temerárias, além de um mecanismo de salvaguarda da sociedade, assegurando a paz e a tranquilidade sociais."

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCRJ 2022): O inquérito policial é atividade investigatória realizada por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, ainda que a titularidade do exercício da ação penal pelo crime investigado seja atribuída ao ofendido. Considerando-se as características do inquérito policial, é correto afirmar que o texto anterior discorre sobre a oficialidade do inquérito policial. (item considerado correto)

(Delegado da PCRJ 2022): O investigado deve ter acesso a todos os elementos já documentados nos autos do inquérito policial, ressalvadas as diligências em andamento cuja eficácia dependa do sigilo.

3. INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL

É possível a instauração de ofício do inquérito através (art. 5, I, CPP):

I. Portaria;

II. Auto de Prisão em Flagrante - APF;
III. Termo Circunstanciado de Ocorrência - TCO (JECRIM → nos casos de IMPO).

a) De ofício pela autoridade policial, conforme art. 5º, I, CPP, por meio de *notitia criminis*, que se subdivide em:

i. ***Notitia Criminis* de Cognição Imediata (ou Espontânea):** a autoridade policial toma conhecimento de um fato delituoso por meio de suas atividades rotineiras;
ii. ***Notitia Criminis* de Cognição Mediata (ou Provocada):** a autoridade policial toma conhecimento de uma infração penal através de um expediente escrito feito por terceiro;
iii. ***Notitia Criminis* de Cognição Coercitiva**: ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato delituoso por meio da apresentação do indivíduo preso em flagrante.

ATENÇÃO! A ***delatio criminis*** é a comunicação da prática de crime à autoridade policial. Nesse sentido, ela pode ser:

- ***Delatio Criminis* Simples:** É a comunicação por qualquer do povo, à autoridade policial, sobre o conhecimento da existência de infração penal (art. 5º, §3º, CPP);
- ***Delatio Criminis* Postulatória**: É a requerimento do ofendido ou seu representante legal, manifestação pela qual a vítima ou seu representante legal solicitam a instauração do inquérito.

Por sua vez, a **Delação Anônima/Apócrifa (*Notitia Criminis* Inqualificada)** é a popularmente conhecida "denúncia anônima", ou seja, a comunicação do delito por alguém não identificado.

O STF entende que a delação apócrifa NÃO autoriza o início do inquérito, considerando a vedação ao anonimato (art. 5º, IV da CF/88) e, consequentemente, a ausência de elementos idôneos sobre a existência de infração penal. Porém, o Poder Público, uma vez provocado por delação anônima ("disque-denúncia"), pode adotar medidas informais destinadas a apurar, previamente, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal. Se constatada a infração penal, pode iniciar o inquérito, não pela mera delação apócrifa, mas pela investigação e constatação da prática de um crime.

A jurisprudência do STF foi além da instauração de inquérito policial com base em notícia anônima:

> Não é possível decretar **medida de busca e apreensão** com base unicamente em "denúncia anônima" (STF. 1ª Turma. HC 106152/MS, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 29/3/2016. (Info 819)
>
> Não é possível decretar **interceptação telefônica** com base unicamente em "denúncia anônima". (STJ. 6ª Turma. HC 204.778/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 04/10/2012).

Diante de uma notícia anônima, o Delegado de Polícia deve instaurar uma VPI - Verificação da Procedência da Informação (art. 5, §3º, CPP), e, procedente a informação, instaurar o devido IP.

> § 3o Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCSP 2023): Delegado de Polícia recebe informação verbal dando conta da possível ocorrência de crime de ação penal pública incondicionada. Nesse caso, de acordo com o art. 5o, § 3º do CPP, deve verificar a procedência das informações e, havendo confirmação, instaurar inquérito policial (item considerado correto).

Verificação da Procedência das Informações (VPI):

Trata-se de um **instrumento investigatório simplificado** para verificar a verossimilhança da *notitia crimins* e a viabilidade da investigação, e servir de impeditivo de instauração de inquéritos policiais infundados.

Como sabemos o inquérito policial não pode ser arquivado pelo Delegado de Polícia (art. 17, CPP), então com o escopo de evitar a instauração de inquéritos sem base para a justa causa, o CPP trouxe esse instituto investigatório.

A jurisprudência, igualmente, reconhece o instituto da VPI:

> A instauração de VPI (Verificação de Procedência das Informações) **não constitui constrangimento ilegal**, eis que tem por escopo investigar a origem de *delatio criminis* anônima, antes de dar causa à abertura de inquérito policial. (STJ, HC 103566 RJ).

> Destacou-se, de início, entendimento da Corte no sentido de que a denúncia anônima, por si só, não serviria para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas que, a partir dela, **poderia a polícia realizar diligências preliminares** para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. (STF, HC 95244/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, 23.3.2010)

A **simplicidade, celeridade e a informalidade** são inerentes à VPI, não devendo conter expressões ou conteúdo do inquérito.

Basta uma ordem da autoridade policial para que algum policial (agente ou investigador) faça o levantamento de vida pregressa do "noticiado anonimamente", local do suposto crime e ao final da diligência prévia confecciona um relatório policial opinando sobre o fato.

Se procedente a informação deve o delegado de polícia instaurar o inquérito policial imediatamente, desde que o crime seja de ação penal pública incondicionada.

As peças constantes da VPI devem acompanhar o inquérito policial ou outro procedimento investigatório.

O Delegado de Polícia pode arquivar VPI?

Há divergência na doutrina sobre o tema.

Segundo o professor André Luiz Nicolitt (Nicolitt, André, 5ª ed. pág.190): "Ocorre que seja qual for o nome que se dê, estaremos sempre diante de um procedimento investigatório e, por tal razão, **submetido a controle do Ministério Público, não podendo ser arquivado em sede policial**."

Em sentido contrário, estabelecem Adriano Souza Costa e Henrique Hoffmann (Temas Avançados de Polícia Judiciária, 3ª ed., pág. 87): "A **VPI pode ser arquivada diretamente pela autoridade policial a quem cabe o controle, fiscalização, apreciação e decisão da VPI**, mediante despacho fundamentado, constatada a inocorrência de fato delituoso".

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCES 2022): Diante de *notitia criminis inqualificada*, antes de determinar a abertura do inquérito policial, o delegado de polícia deve promover a diligência de verificação de procedência das informações, a fim de evitar delação inescrupulosa - item considerado correto.

b) Requisição do juiz ou MP (art. 5º, II, 1ª parte)

A instauração do inquérito nos casos de requisição judicial ou ministerial tem natureza jurídica de um ato administrativo complexo.

É plenamente constitucional o MP requisitar a instauração do inquérito, conforme artigo 129, VII da CF/88. Enquanto titular da ação penal pública e, portanto, destinatário final dos elementos de informação colhidos em sede de IPL, pode o MP requisitar ao delegado a realização de **diligências imprescindíveis** à formação de sua *opinio delicti*.

A requisição é uma exigência para a realização de algo, com fundamento da lei, não podendo ser confundida com uma ordem haja vista não haver relação de hierarquia entre MP e Polícia. Se legal, o delegado de polícia tem o dever de realizá-la em apreço ao princípio da obrigatoriedade que impõe às autoridades estatais, inclusive, um dever de agir de ofício diante da notícia de infração penal.

Atenção à jurisprudência:

> **É inconstitucional norma estadual que confere à Defensoria Pública o poder de requisição para instaurar inquérito policial.** ADI 4.346/MG, relator Ministro Roberto Barroso, redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 10.3.2023 (Info 1086).

Pergunta-se: **Delegado de polícia pode recusar a requisição de instauração de IPL feita pelo MP ou juiz?**

R.: **SIM.** O delegado pode recusar a requisição na hipótese de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. Isso porque o delegado é agente da administração pública tendo compromisso com a legalidade. O que o delegado não pode é negar cumprimento a uma requisição de instauração porque mera discordância. (RE 205473, 1998 – STF) Ex.: requisição de instauração de IPL com base, exclusivamente, uma denúncia anônima seria um caso em que o delegado poderia recusar, de forma fundamentada, o sob o argumento da ilegalidade.

A requisição não é causa de **prevenção.** Se a requisição partir do juiz, ele não se torna prevento por uma razão de principiológica, por ofensa à garantia do juiz natural. Ademais, não existe previsão legal para a prevenção nessas hipóteses, como se pode extrair dos artigos 75 e 83 do CPP.

Pergunta-se: **Qual é a autoridade coatora para eventual HC trancativo de inquérito? Se for um *habeas corpus* trancativo de inquérito requisitado por juiz ou MP será encaminhado para onde?**

R.: Há divergência.

1ª Posição majoritária / Tribunais Superiores - Como se trata de uma requisição (ordem), a autoridade coatora é o requisitante de modo que o *habeas corpus* deverá ser endereçado para o TJ ou TRF respectivo.

2ª Posição minoritária - Entende-se o delegado como autoridade coatora porque, embora pudesse recusar a requisição, a ela aderiu, concretizando no delegado, portanto, a ilegalidade. Assim, eventual *habeas corpus* seria encaminhado à primeira instância, estando impedido o juiz, por ventura requisitante, de conhecê-lo por força do artigo 252, inciso IV do CPP, não sendo exagerado afirmar que a hipótese seria, inclusive, de incompatibilidade.

(In)Constitucionalidade da Requisição Judicial:

1ª Doutrina majoritária - Entende que a requisição judicial de instauração de inquérito não foi recepcionada pelo artigo 129, inciso I da CF/88, pois a instauração do inquérito se trata de atividade persecutória do Estado, devendo, portanto, o magistrado se manter afastado em apreço ao sistema acusatório.

2ª Posição minoritária – A requisição judicial não viola a Constituição pois encerra uma valoração precária e uma cognição sumária incapaz de comprometer a imparcialidade do juiz.

A (im) possibilidade de instauração de inquérito de ofício pela autoridade judiciária e o Inq. 4.781 do STF (Inquérito das Fake News).

Ensina Renato Brasileiro que "(...) em um sistema acusatório como o nosso, onde há nítida separação das funções de investigar (e acusar), defender e julgar (CPP, art. 3º-A, incluído pela Lei n. 13.964/19), não se pode permitir que o juiz instaure ou requisite a instauração de um inquérito policial. Logo, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, incumbe ao magistrado tão somente encaminhá-las ao órgão do Ministério Público, nos termos do art. 40 do CPP."

> Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Nesse contexto, vale destacar a polêmica decisão do STF no bojo do Inq. 4.781 – chamado de inquérito das *Fake News* – em que o Min. Dias Tofoli determinou de ofício a instauração de um inquérito "para apurar a existência de notícias fraudulentas ("Fake News"), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi*, *difamandi* e *injuriandi*, que estariam supostamente atingindo a honorabilidade e a segurança daquela Corte, de seus membros e familiares" (Portaria GP n. 69, de 14/03/2019 – Inq. 4.781), designando, para a condução do feito, o eminente Ministro Alexandre de Moraes.

> **É constitucional a Portaria GP 69/2019, por meio da qual o Presidente do STF determinou a instauração do Inquérito 4781, com o intuito de apurar a existência de notícias fraudulentas (fake news), denunciações caluniosas, ameaças e atos que podem configurar crimes contra a honra e atingir a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares.**
> Também é constitucional o art. 43 do Regimento Interno do STF, que foi recepcionado pela CF/88 como lei ordinária.
> O STF, contudo, afirmou que o referido inquérito, para ser constitucional, deve cumprir as seguintes condicionantes:
> a) o procedimento deve ser acompanhado pelo Ministério Público;
> b) deve ser integralmente observado o Enunciado 14 da Súmula Vinculante.
> c) o objeto do inquérito deve se limitar a investigar manifestações que acarretem risco efetivo à independência do Poder Judiciário (art. 2º da CF/88). Isso pode ocorrer por meio de ameaças aos membros do STF e a seus familiares ou por atos que atentem contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a democracia; e, por fim,
> d) a investigação deve respeitar a proteção da liberdade de expressão e de imprensa, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.
> O art. 43 do RISTF prevê o seguinte: "Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro." Muito embora o dispositivo exija que os fatos apurados ocorram na "sede ou dependência" do próprio STF, o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da *internet* permite estender (ampliar) o conceito de "sede", uma vez que o STF exerce jurisdição em todo o território nacional. Logo, os crimes objeto do inquérito, contra a honra e, portanto, formais, cometidos em ambiente virtual, podem ser considerados como cometidos na sede ou dependência do STF. STF.

Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020. (Info 982)

c) Requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo nas ações privadas e nas ações públicas subsidiárias (art. 5º, II, 2ª parte).

Se crime de ação privada, o inquérito só pode ser iniciado se houver requerimento.

Do despacho que indefere requerimento cabe recurso para o Chefe de Polícia (art. 5º, § 2º, CPP).

d) Representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo nas ações penais públicas condicionadas

Nos crimes de ação pública condicionada o IP só pode ser iniciado se houver representação.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCMG 2021): Considerando as hipóteses de requerimento do ofendido para a abertura de inquérito policial em crimes de ação pública, é CORRETO afirmar que o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, poderá sem ela ser iniciado (item considerado incorreto).

(Delegado da PCAL 2023): A representação do ofendido é imprescindível à propositura da ação penal, em se tratando de crime de ação penal pública condicionada à representação, não o sendo, todavia, para a instauração do respectivo inquérito policial (item considerado incorreto).

A representação da vítima prescinde a observância de maiores formalidades, desde que inequívoca a demonstração de interesse na persecução penal, ainda que de forma implícita, conforme entendimento consolidado na jurisprudência, em conformidade com a doutrina majoritária.

Entretanto, é preciso fazer uma distinção, conforme entendimento do STJ:

> **O mero comparecimento da vítima em observância ao mandado de intimação expedido pela autoridade policial, sem que seja colhida a manifestação expressa do interesse de representar, não configura representação para fins penais.**
>
> A jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, na esteira da orientação sedimentada no âmbito do STF, firmou o entendimento de que a representação - nos crimes de ação penal pública condicionada -, prescinde de maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Enquanto condição de procedibilidade para a ação penal pública condicionada, é certo que o comparecimento perante a autoridade policial só pode ser tomado como representação quando é espontâneo, tal como ocorre nos casos em que a vítima registra ocorrência policial ou mesmo comparece espontaneamente ao Instituto Médico Legal para fins de submissão ao respectivo exame médico legal. Em tais cenários, está implícita a vontade da vítima em dar início à persecução penal. Por outro lado, quando esse comparecimento não é

> espontâneo, ou seja, a vítima comparece em observância ao mandado de intimação previamente expedido pela autoridade policial, incumbe àquela autoridade colher a representação, ainda que circunstanciando esse fato no próprio termo de declaração. No caso, as vítimas só compareceram mediante intimação da autoridade policial, sendo que, nas declarações obtidas, não há manifestação expressa do desejo de representar, circunstâncias que obstam tomar o mero comparecimento como representação para fins penais. STJ. REsp 2.097.134-RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 21/11/2023, DJe 28/11/2023. (Info 797)

Inquérito policial de autoridades com prerrogativa de foro:

É necessária AUTORIZAÇÃO do Tribunal para instauração do inquérito policial. Há tempos o STF vem entendendo que as investigações contra autoridades com prerrogativa de foro perante o STF se submetem ao prévio controle judicial. A necessidade de autorização, posteriormente, foi estendida às autoridades sujeitas ao foro nos demais tribunais.

> Conforme jurisprudência desta Corte, as investigações contra autoridades com prerrogativa de foro perante o STF submetem-se ao prévio controle judicial, circunstância que inclui a autorização judicial para as investigações. Essa atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento da denúncia.
>
> Nesse contexto, e diante do caráter excepcional das hipóteses constitucionais de foro por prerrogativa de função, que possuem diferenciações em nível federal, estadual e municipal, o mesmo entendimento também é aplicável às investigações que envolvem autoridades com foro privilegiado nos tribunais de segundo grau, motivo pelo qual é necessária a supervisão das investigações pelo órgão judicial competente. STF. ADI 7.447 MC-Ref/PA, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 29.9.2023. (Info 1110)

Inquérito policial e crimes contra a ordem tributária:

> Enquanto não encerrada, na instância fiscal, o respectivo processo administrativo, não se mostraria possível a instauração da persecução penal nos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º, da Lei nº 8.137/90. A razão é que o procedimento fiscal constitui o crédito tributário. Logo, enquanto não concluído, há atipicidade penal. (Info 601 STF).

Obs.: Se, além do crime contra a ordem tributária, houver delitos, subjacentes na investigação, nada obsta a instauração do inquérito policial, ainda que seja crime contra a ordem tributária:

AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. ALEGADA OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 24. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. **A instauração de inquérito policial para apurar outros crimes, além do previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990, não ofende o estabelecido no que enunciado pela Súmula Vinculante 24**. 2. Reclamação, cuja finalidade tem previsão constitucional taxativa, não admite o aprofundamento sobre matérias fáticas. 3. A concessão de habeas corpus ex officio pelo STF somente é cabível nas hipóteses em que ele poderia concedê-lo a pedido (art. 102, I, 'i', da Constituição Federal), sob pena de supressão de instância. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (Rcl 24.768-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 01/09/2017)

4. PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL

Rol NÃO taxativo:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título Vll, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que Ihe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

> Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Sobre o tema, cabe analisar alguns entendimentos jurisprudenciais importantes:

(1) A conduta de **atribuir-se falsa identidade** perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa (SUM 522 STJ).

(2) NÃO é possível a condução coercitiva por parte do **investigado para interrogatório.** Contudo, a Suprema Corte nada disse sobre testemunhas (ADPF 444 STF).

O CPP, ao tratar sobre a condução coercitiva, prevê o seguinte:

> Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

O STF declarou que a expressão "para o interrogatório" prevista no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela Constituição Federal.

Assim, não se pode fazer a condução coercitiva do investigado ou réu com o objetivo de submetê-lo ao interrogatório sobre os fatos. STF. Plenário. ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgados em 13 e 14/6/2018 (Info 906).

Importante esclarecer que o julgado acima tratou apenas da condução coercitiva de investigados e réus à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados.

Assim, não foi analisada a condução de outras pessoas como testemunhas, ou mesmo de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento de pessoas ou coisas. Isso significa que, a princípio, essas outras espécies de condução coercitiva continuam sendo permitidas.

Insta salientar que a Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), em seu art. 10, tipificou a conduta de conduzir coercitivamente, tanto o investigado quanto a testemunha:

> Art. 10. Decretar a condução coercitiva de **testemunha** ou **investigado** manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Segundo o art. 16, o **pedido de novas diligências** deve ser feito diretamente entre MP e delegado, salvo nas hipóteses de necessidade de autorização judicial se precisar de autorização, a exemplo da interceptação telefônica.

> Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

5. INDICIAMENTO

5.1 Conceito

De acordo com o professor Francisco Sannini "é o ato formal, de atribuição exclusiva da autoridade de Polícia Judiciária, que ao longo da investigação forma o seu livre convencimento no sentido de que **há indícios suficientes de que um suspeito tenha praticado determinado crime**".

- O Indiciamento deve ser, necessariamente, **fundamentado em despacho**;
- Deve ser apontado pelo delegado a **autoria, materialidade e circunstâncias fáticas** do fato criminoso.

5.2 Fundamento Legal

Por muito tempo não havia regramento acerca do ato de indiciamento no IP. Contudo, com o advento da Lei 12.830/2013, a imputação formal do investigado foi regulamentada. **[Essa lei é de leitura obrigatória para o concurso].**

O art. 2º, §6º, trouxe expressamente os pressupostos para indiciar alguém.

> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
> (...)
> § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

5.3 Sujeito Ativo e Passivo

a) Sujeito Ativo:

É ato privativo do **delegado de polícia**, como é o presidente do inquérito policial, obviamente é ele a autoridade com atribuição para o indiciamento.

É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o delegado de polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

O magistrado não pode requisitar o indiciamento em investigação criminal. Isso porque o indiciamento constitui atribuição exclusiva da autoridade policial.

Nesse sentido o STF/STJ:

> Indiciamento é atribuição exclusiva da autoridade policial. STJ. 5ª Turma. RHC 47.984SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/11/2014 (Info 552). STF. 2ª Turma. HC 115015/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 27/8/2013 (Info 717).

Nesse mesmo sentido é a inteligência do art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013, que afirma que o indiciamento é ato inserto na esfera de atribuições da polícia judiciária. STJ. 5ª Turma. RHC 47.984-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/11/2014 (Info 552)

Na doutrina, Prof. Guilherme Nucci:

> "(...) não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar à força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito. Ora, querendo, pode o promotor denunciar qualquer suspeito envolvido na investigação criminal (...)" (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e execução penal. São Paulo: RT, 2006, p. 139).

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCMS 2021): Segundo entendimento jurisprudencial dominante, o magistrado pode requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de investigados, inexistindo, para tanto, violação ao sistema acusatório (item considerado incorreto).

b) Sujeito Passivo:

Via de regra, **qualquer pessoa** pode ser indiciada. Entretanto, algumas autoridades estão afastadas por lei de tal ato, como por exemplo membros do MP e membros da magistratura.

O art. 41, II da Lei 8625/93, diz que se houver indícios de crime praticados por membros do MP, os autos do IP policial devem ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça a quem competir dar andamento às investigações. No mesmo sentido é a Lei Orgânica da magistratura, em seu art. 33, parágrafo único da LC nº 35/79, onde aos autos deverão ser remetidos ao TJ competente.

> **Lei complementar 35/79**:
> Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:
> II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);
> Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os

respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Lei nº 8.625/93:
Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:
II - **não ser indiciado em inquérito policial**, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Atenção! A lei menciona expressamente que essas autoridades não poderão ser indiciadas no curso da investigação, nada falando acerca do indiciamento em Auto de Prisão em Flagrante.

Segue um artigo de autoria do Delegado de Polícia/PR e colaborador do Dedicação Delta, Tiago Dantas, sobre indiciamento de promotor e juiz.

https://jus.com.br/artigos/44741/o-indiciamento-de-juiz-e-de-promotor-realizado-pelo-delegado-de-policiahttps://jus.com.br/artigos/44741/o-indiciamento-de-juiz-e-de-promotor-realizado-pelo-delegado-de-policia

5.4 Consequências do Indiciamento

A primeira consequência é de **ordem prática**, visto que o nome do indiciado irá constar do banco de dados da polícia na condição de indiciado. Significa que, caso ele seja abordado e realizada alguma consulta, o policial verificará que ele foi o alvo central de determinada investigação.

A segunda consequência é no **aspecto jurídico**, pois as medidas cautelares pessoais dependem da prova da materialidade do crime e indícios mínimos de autoria, ou seja, dos mesmos elementos do indiciamento, e naturalmente, pode ser objeto de cautelares aflitivas no curso do inquérito policial. Indica ainda que provavelmente o indiciado será submetido à fase da persecução penal.

E, por fim, sob o **prisma social** o ato de indiciamento coloca uma marca na pessoa do indiciado, que o desqualifica perante a sociedade, refletindo na vida profissional, familiar e social.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCES 2022 – Questão Discursiva): Conceitue indiciamento e discorra sobre suas características e seus efeitos negativos à luz da jurisprudência do STF.

A banca CEBRASPE trouxe como padrão de resposta a respeito dos "efeitos negativos à luz da jurisprudência do STF" o seguinte:

"O indiciamento traz reflexos importantes na esfera jurídica de seu sujeito passivo. Além de haver grande prejuízo ao indiciado em sua dimensão moral, pois passa a figurar como pessoa formalmente investigada no âmbito criminal, o ato gera registros no instituto de identificação, conforme expressamente previsto no art. 23 do CPP: "Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado." Além disso, há previsão expressa na Lei n.º 9.613/1998 do afastamento do servidor público indiciado por suposta prática do crime de lavagem de capitais: "Art. 17-D: Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno". Todavia esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI 4911: "5. Sendo o indiciamento ato dispensável para o ajuizamento de ação penal, a norma que determina o afastamento automático de servidores públicos, por força da *opinio delicti* da autoridade policial, quebra a isonomia entre acusados indiciados e não indiciados, ainda que denunciados nas mesmas circunstâncias. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de promoção de arquivamento do inquérito policial mesmo nas hipóteses de indiciamento do investigado. 6. Ação Direta julgada procedente". (ADI 4911, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020) Por fim, destaque-se que a Lei n.º 10.826/2003 estabelece que "Art. 4.º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I – comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos", de forma que eventualmente um indiciado poderá ter a autorização negada em razão dos registros de inquérito contra si.".

Obs.: Caso o indiciado não seja condenado ou o IP seja arquivado, o ato de indiciamento deve ser **cancelado**, com o escopo de assegurar a presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pergunta-se: **Na hipótese de surgirem novos elementos informativos que indiquem que outra pessoa foi a autora do crime investigado, pode o delegado de polícia promover o desindiciamento?**

R.: **SIM.** Trata-se do ato de cassação ou revogação de anterior indiciamento. Em que pese haver divergência doutrinária, para as provas de delegado de polícia prevalece que sim. Os delegados de polícia são agentes da Administração Pública e possuem o poder de autotutela, estampado na Súmula 473 do STF, de modo que podem rever seus atos quando eivados de vício.

Nesse sentido, o desindiciamento pode ser feito, não apenas pelo Delegado, mas também pelo Poder Judiciário, uma vez verificada a ilegalidade daquele indiciamento.

Em outras palavras: **O indiciamento é privativo do Delegado, mas o desindiciamento pode ser feito pelo próprio Delegado, mas também poderá ser feito pelo Poder Judiciário se reconhecido constrangimento ilegal no julgamento de um HC**.

5.5 Momento do Indiciamento

Via de regra, o momento adequado para o ato de indiciamento ocorre quando a autoridade policial reúne os elementos de convicção, que indicam a autoria e materialidade do crime investigado.

Não há, na lei, um momento específico para indiciar. Assim, o indiciamento pode ser feito no início do inquérito policial – nas hipóteses de flagrante delito, em que o indiciamento é automático, durante as investigações ou, ainda, ao final, dentro do relatório expedido pelo delegado de polícia.

Destaca o professor Renato Brasileiro que:

> "Dada a importância do indiciamento como condição para o exercício do direito de defesa na fase investigatória e a possibilidade do advento de prejuízos à pessoa do indiciado, afigura-se indispensável a presença de elementos informativos acerca da materialidade e da autoria do delito. Destarte, o indiciamento só pode ocorrer a partir do momento em que reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, quando, então, o delegado de polícia deve cientificar o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de "indiciado", respeitadas todas as garantias constitucionais e legais. Não se trata, pois, de ato arbitrário nem discricionário, já que, presentes elementos informativos apontando na direção do investigado, não resta à autoridade policial outra opção senão seu indiciamento." (*in* Manual de Processo Penal, edição 2020, página 224)

Parte da doutrina, como o professor Leonardo Marcondes, entende que o ato de indiciamento não deveria ser ao final, devendo ocorrer no instante imediatamente anterior ao interrogatório.

Já outra corrente, defendida por Aury Lopes Jr, que afirma que o ato de indiciamento deve ocorrer logo após o ato de interrogatório. Isso porque o ato de indiciamento tem um efeito negativo e não pode ser um ato de surpresa de tal condição, que, caso feito ao final do inquérito policial, nada poderia fazer o indiciado acerca do apontamento formal.

Independentemente do momento de indiciamento, o certo é que ele NÃO pode ser realizado após o oferecimento da denúncia, sob pena de configurar abuso de autoridade e constrangimento ilegal.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCES 2022): Havendo repercussão interestadual que exija repressão uniforme, o delegado da Polícia Federal poderá apurar crimes cuja apuração seja de competência da justiça estadual, não havendo mácula apta a invalidar a produção de prova. (item considerado correto).

5.6 Espécies Indiciamento

1) **Indiciamento material:** é um ato decisório do delegado de polícia, onde ele expõe um substrato fáticos e jurídicos que justificam a imputação do crime ao investigado. Ou seja, nada mais é do que a fundamentação do ato do indiciamento. É a análise técnica-jurídica.

2) **Indiciamento formal:** é constituído por peças essenciais para formar a convicção da autoridade para o indiciamento material. Peças como: 1) boletim de vida pregressa; b) auto de qualificação e interrogatório.

3) **Indiciamento coercitivo:** é aquele decorrente do APF, uma vez que os pressupostos do indiciamento são quase os mesmos da lavratura do auto de prisão em flagrante. Quem é preso em flagrante, inevitavelmente está indiciado. Pois, diante do flagrante, temos a prova da materialidade do crime, indícios de autoria e circunstâncias fáticas. Nesse momento não realizamos um juízo de certeza e sim de mera probabilidade.

DICA: Delegado de Polícia trabalha com indícios e não com provas, pois quem trabalha com prova é juiz e MP.

4) **Indiciamento indireto:** é aquele realizado quando o investigado não é encontrado, estando em local incerto e não sabido.

5) **Indiciamento direto:** é aquele realizado quando o investigado é encontrado e está presente.

6) **Indiciamento complexo:** trata-se de procedimento adotado em situações em que o investigado dispõe por foro por prerrogativa de função.

Logo, se a decisão sobre o ato de indiciamento não pode ser tomada de forma direta pelo delegado de polícia, dependendo de manifestação do judiciário, obviamente estamos diante de um ato complexo, em analogia com a classificação em relação aos atos administrativos.

Efeito Prodrômico do Indiciamento

Ainda com base nos ensinamentos dos administrativistas, o efeito preliminar do ato administrativo (efeito indireto) é que a representação pelo indiciamento de alguém com foro por prerrogativa de função faz surgir o **dever da autoridade judicial se manifestar** para que o ato se aperfeiçoe.

A representação constitui uma exposição dos fatos, seguida de uma sugestão jurídica fundamentada.

Indiciamento envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função:

> Em regra, a autoridade com foro por prerrogativa de função pode ser indiciada. Existem duas exceções previstas em lei de autoridades que não podem ser indiciadas:
> a) Magistrados (art. 33, parágrafo único, da LC 35/79);
> b) Membros do Ministério Público (art. 18, parágrafo único, da LC 75/93 e art. 41, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93).
>
> Excetuadas as hipóteses legais, é plenamente possível o indiciamento de autoridades com foro por prerrogativa de função (não há dispositivo legal que vede expressamente o indiciamento). No entanto, para isso, é indispensável que a autoridade policial obtenha uma autorização do Tribunal competente para julgar esta autoridade. Ex.: em um inquérito criminal que tramita no STJ para apurar crime praticado por Governador de Estado, o Delegado de Polícia constata que já existem elementos suficientes para realizar o indiciamento do investigado. Diante disso, a autoridade policial deverá requerer ao Ministro Relator do inquérito no STJ autorização para realizar o indiciamento do referido Governador.
> Chamo atenção para o fato de que não é o Ministro Relator quem irá fazer o indiciamento. Este ato é privativo da autoridade policial. O Ministro Relator irá apenas autorizar que o Delegado realize o indiciamento. STF. Decisão monocrática. HC 133835 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/04/2016 (Info 825).

Aproveitando o tema acerca do foro por prerrogativa de função, vamos ver como ficam os reflexos da decisão do STF na investigação criminal:

> As normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. Assim, por exemplo, se o crime foi praticado antes de o indivíduo ser diplomado como Deputado Federal, não se justifica a competência do STF, devendo ele ser julgado pela 1ª instância mesmo ocupando o cargo de parlamentar federal. Além disso, mesmo que o crime tenha sido cometido após a investidura no mandato, se o delito não apresentar relação direta com as funções exercidas, também não haverá foro privilegiado**.**
> **Foi fixada, portanto, a seguinte tese:**
> **(1) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.**
> STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018.
> **(2) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.**

STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018.

STF adotou uma interpretação restritiva do foro de prerrogativa de função previsto na CF para os parlamentares federais. O foro foi idealizado como instrumento destinado a garantir o livre exercício de certas funções públicas e não para acobertar pessoas ocupantes do cargo. **Estendê-lo aos crimes cometidos antes da diplomação ou sem contexto funcional desnatura o instituto, transformando-o em instrumento de privilégio pessoal, ferindo o princípio da igualdade**. normas que estabelecem restrições ao princípio da igualdade devem ser interpretadas restritivamente.

O STF fez uma **redução teleológica** – uma interpretação teleológica restritiva do art. 102, I, "b" e "c" da CF c/c art. 53, §1º.

Redução teleológica ou técnica da "dissociação" consiste em **reduzir o campo de aplicação** de uma disposição normativa a somente a uma ou a algumas das situações de fato que a interpretação literal prevê **para adequá-la à finalidade da norma.**

Antes, diante da interpretação literal do foro, o STF entendia que toda a investigação de autoridade com foro no STF deveria ser supervisionada pelo Ministro-relator, exigindo desde a autorização prévia para instaurar e autorização para promover o indiciamento.

Agora, diante da redução teleológica, só subsistirá a supervisão judicial do Ministro se o crime for depois da diplomação e com nexo funcional. Tratando-se de infração penal praticada antes da diplomação, ou durante o mandato, mas despida de nexo funcional, o STF não intervirá em nada, sendo a condução das investigações livre pela Polícia Civil ou Federal, sem necessidade de autorização para instauração, autorização para indiciar, etc.

Investigações criminais envolvendo Deputados Federais e Senadores DEPOIS da AP 937 QO	
Situação	**Atribuição para investigar**
Se o crime foi praticado **antes da diplomação**	● Polícia (Civil ou Federal) ou MP. ● **Não há necessidade de autorização do STF** ● Medidas cautelares são deferidas pelo juízo de 1ª instância (ex: quebra de sigilo)
Se o crime foi praticado depois da diplomação (durante o exercício do cargo), **mas o delito não tem relação com as funções desempenhadas**. Ex.: homicídio culposo no trânsito.	
Se o crime foi praticado **depois da diplomação** (durante o exercício do cargo) e o **delito está relacionado com as funções desempenhadas.** Ex.: corrupção passiva.	● Polícia Federal e Procuradoria Geral da República, <u>com supervisão judicial do STF</u>. ● **Há necessidade de autorização do STF** para o início das investigações.

Fonte: Dizer o Direito

<u>Indiciamento em crime de menor potencial ofensivo</u>:

Como o indiciamento acarreta diversos efeitos deletérios ao suspeito, a sua consonância deve guardar conexão com o ordenamento jurídico.

Como os crimes de menor potencial ofensivo devem observância aos institutos despenalizadores, não é adequado o ato do indiciamento nesses crimes, haja vista que nem pode haver processo por força da transação penal, quiçá indiciamento. Nesses crimes, a prática é o ato de um simples apontamento, como nos casos de adolescentes em prática de ato infracional.

Sobre o tema, segue a dica do prof. Matheus de Palma:

https://youtu.be/nU5QW77qHak

5.7 Constituição de Defensor Quando o Investigado for Integrante da Segurança Pública ou Militar

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de **fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional**, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), **o indiciado poderá constituir defensor.**

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no **prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação**.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que **essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.**

§3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do §2º deste artigo, a defesa **caberá preferencialmente à Defensoria Pública**, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à

> respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá **disponibilizar profissional para acompanhamento** e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.
>
> §4º A indicação do profissional a que se refere o §3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, **hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração**.
>
> §5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo **correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigado.**
>
> § 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos **servidores militares** vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

A Lei 13.964/19 incorporou no Código de Processo Penal uma sistemática que já era prevista no âmbito da União, que era a possibilidade da AGU realizar a defesa judicial de agentes públicos (MP872, transformada na lei ordinária 13.841/19).

Com a nova sistemática, a Autoridade Policial ao identificar que o suspeito é agente de segurança pública ou militar e os fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, deverá citar o investigado (leia-se: intimar), para que o investigado constitua defensor em até 48h.

Esgotado o prazo e não nomeado o defensor pelo investigado, a Autoridade Policial **deverá intimar a instituição** a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48h, indique defensor para a representação do investigado.

Inicialmente, foram vetados os §§3º a 5º, no entanto o Congresso Nacional procedeu à derrubada do veto, de modo que tais parágrafos voltaram a produzir efeitos.

Assim, operando-se o decurso do prazo de 48h a contar do recebimento da notificação, essa atribuição recairá, preferencialmente, sobre a **Defensoria Pública** (art. 14-A, §3º). Na eventualidade de não haver Defensor Público na área territorial onde tramita o procedimento investigatório e com atribuição para nele atuar, deverá ser lavrada uma manifestação nesse sentido, quando, então, **será possível a indicação de um profissional da advocacia que não integra os quadros próprios da Administração** para acompanhar e realizar todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado (art. 14-A, §4º). Nesse caso, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados correrão por **conta do orçamento próprio da instituição a que o servidor estivesse vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados** (art. 14-A, §5º).

O autor Renato Brasileiro destaca que:

(1) O art. 14-A do CPP foi introduzido em um contexto crescente de proteção da ampla defesa no curso da investigação preliminar:
   - Constituição Federal;
   - Art. 7º, XXI do Estatuto da OAB;
   - Art. 15, II da Lei 13.869/19 – considera crime de abuso de autoridade prosseguir com o interrogatório de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença do seu patrono → Renato Brasileiro diz que desde a entrada em vigor desse crime (25.01.2020), se o investigado optar pela presença de um defensor, não mais se poderá admitir a realização de nenhum interrogatório sem a presença deste;

(2) A constituição de defensor pelo servidor não é condição *sine qua non* para o prosseguimento das investigações. Ainda que o investigado não tenha constituído advogado e ainda que a instituição a que o agente público estava vinculado à época dos fatos não indique defensor para a sua representação, isso jamais poderá funcionar como óbice ao prosseguimento das investigações.

(3) Uma vez constituído o defensor, incide os termos na Súmula Vinculante 14.

(4) Há uma impropriedade técnica no uso do termo "citação" – sabidamente conhecido como ato de comunicação processual que dá ciência ao acusado acerca da instauração de um processo criminal – contra a sua pessoa, chamando-o para se defender. O ideal é substituir o termo citado por notificado, notificação esta que poderá ser feita por qualquer meio de comunicação.

O professor Rogério Sanches destaca que:

> O art. 14-A do CPP determina que o investigado seja citado da instauração do procedimento, em razão do que pode constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação (§ 1º). De acordo com o § 2º, se, esgotado o prazo sem a nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deve intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no mesmo prazo, indique defensor para a representação.

A regra é criticada por parte da doutrina em face das seguintes razões:

i. **Viola a cláusula constitucional isonômica**, pois restringe a garantia anunciada aos agentes públicos investigados por "fatos relacionados ao uso da força letal", em evidente discriminação aos demais servidores da segurança pública investigados por ações diversas;

ii. **Dificulta a investigação de fatos graves**, pois a falta de nomeação de defensor pelo investigado no início da apuração administrativa resulta na suspensão da persecução inquisitorial até o saneamento da exigência imposta pela lei;

iii. **Desvio de finalidade no campo da assistência judiciária gratuita**, assegurada, nos termos do art. 5°, inc. LXXIV, da CF/88, àqueles que comprovam a insuficiência de recursos para arcar com o pagamento dos honorários atinentes à prestação de serviços de defesa técnica por advogados particulares;

iv. **Afronta a cláusula constitucional de prévia dotação orçamentária**. As instituições militares estaduais, tanto como as instituições civis de segurança pública, não contam com orçamento próprio. A solução para o problema seria a implementação de assistência jurídica a seus integrantes; e, por

consequência, seriam necessárias a criação de um corpo jurídico de defensores e a consecutiva contratação de pessoal, mediante lei, com respectiva previsão de recursos financeiros à criação de cargos e funções próprios para o exercício de defesa técnica ao efetivo militar e civil.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCAL 2023): É imprescindível a presença de defensor no interrogatório realizado em sede extrajudicial - item considerado incorreto.

6. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Pacote Anticrime:

> CPP, Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.
> § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

O STF, por maioria, nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, atribuiu interpretação conforme ao *caput* do art. 28 para assentar que, **ao se manifestar** pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos de mesma natureza, o MP **submeterá sua manifestação ao juiz competente** e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos ao Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei**.**

Obs.: vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses.

E, por unanimidade, atribuiu interpretação conforme ao §1º do art. 28 para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, **a autoridade judicial** competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique **patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento.**

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PC-SC 2015 – Prova Oral): Onde está o fundamento legal no CPP do arquivamento do inquérito policial?
R.: Não há no CPP um dispositivo específico sobre as hipóteses de arquivamento. Entretanto, a doutrina se vale da combinação dos artigos 395 c/c 397, ambos do CPP, pois são as hipóteses de rejeição da denúncia e

absolvição sumária, decisões que são pautadas em um juízo de cognição sumária e podem, à luz do art. 3º do CPP, serem aplicadas por analogia à decisão que determina o arquivamento do inquérito policial.

Como o CPP não trata as hipóteses de arquivamento, se aplica, por analogia, o tratamento da rejeição da denúncia/queixa a absolvição sumária (art. 395 e 397, CPP):

> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
> I - for manifestamente inepta;
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.
>
> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
> I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
> II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
> III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
> IV - extinta a punibilidade do agente.

Vamos analisar os incisos dos dispositivos legais:

- **Atipicidade formal ou material:**
  - **Atipicidade Formal:** juízo de adequação, que consiste em verificar se a conduta se adequa ao tipo penal e ocorre quando conduta não se encaixa em nenhum tipo penal.
  - **Atipicidade Material:** incidência do princípio da insignificância ou bagatela.
  - **Excludente da ilicitude ou da culpabilidade, SALVO inimputabilidade** → no caso de inimputável, deve ser denunciado, porém com pedido de absolvição imprópria para aplicação de medida de segurança.

- **Causa extintiva da punibilidade:**

Merece destaque a situação da certidão de óbito falsa. Isso porque, caso o juiz venha a extinguir a punibilidade com base em certidão de óbito, posteriormente identificada como sendo falsa, de acordo com o STF, uma vez que a decisão se baseou em um ATO INEXISTENTE, não será considerada válida, podendo então o indivíduo ser processado novamente.

- **Ausência de elementos informativos quanto à autoria e materialidade:**

Causa da maior parte dos arquivamentos. Ocorre quando as investigações não avançam no que tange a determinação da autoria e materialidade e, por isso, o MP promove o arquivamento.

6.1 Arquivamento Determinado Por Juiz Incompetente

Alguns doutrinadores entendem que não haveria a produção de coisa julgada formal ou material.

No entanto, prevalece nos Tribunais que a decisão dada por juízo absolutamente incompetente não é inexistente, mas, no máximo, **nula**. Caso a nulidade não tenha sido proclamada no momento oportuno, a decisão terá o condão de produzir seus efeitos válidos.

> (...) A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio. (STF, 1ª Turma, HC 83.346/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17/05/2005, DJ 19/08/2005).

6.2 Arquivamento e Recorribilidade

ANTES DA REFORMA COM A LEI 13.964/19, contra a decisão que deferia o arquivamento NÃO cabia recurso, salvo exceções.

Exceções:

a) **Crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública**: previsão de reexame necessário, também chamado de recurso de ofício (duplo grau obrigatório) no art. 7º da Lei 1.521/51.

> LCCEP - Art. 7º. Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o ARQUIVAMENTO dos autos do respectivo inquérito policial.

Não se aplica ao tráfico de drogas, mesmo sendo um crime contra a saúde, em razão da especialidade.

b) **Contravenções do jogo do bicho e corrida de cavalos fora do hipódromo**: cabe RESE, conforme art. 6º, §único da LCP (Lei 1.508/51).

> LCP Art. 6º Quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do Art. 27 do Código do Processo Penal, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor Público, para os fins legais. Parágrafo único. Se a representação for ARQUIVADA, poderá o seu autor interpor recurso no sentido estrito.

O dispositivo deve ser interpretado na forma do Art. 28, §1º do CPP, devendo o recurso ser encaminhado ao órgão ministerial de revisão.

c) **Juiz arquiva o inquérito de ofício sem iniciativa do MP**: parte da doutrina sustentava o cabimento de correição parcial.

Com a reforma, nos parece que faltaria interesse de agir, visto que a decisão poderá ser revista pelo órgão ministerial de revisão.

d) **Arquivamento nas hipóteses de atribuição originária do PGJ**:

> Lei n. 8.625/93, art. 12: "O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: (...) XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária".

Por fim, destaca-se a excepcionalidade reconhecida pela jurisprudência em se tratando de **violência doméstica e familiar contra a mulher**:

> **A decisão que homologa o arquivamento do inquérito que apura violência doméstica e familiar contra a mulher deve observar a devida diligência na investigação e a observância de aspectos básicos do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, em especial quanto à valoração da palavra da vítima, corroborada por outros indícios probatórios, que assume inquestionável importância.**
>
> Por ausência de previsão legal, a jurisprudência majoritária do STJ compreende que a decisão do Juiz singular que, a pedido do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial, é irrecorrível. Todavia, em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais há flagrante violação a direito líquido e certo da vítima, esta Corte Superior tem admitido o manejo do mandado de segurança para impugnar a decisão de arquivamento.
>
> A admissão do mandado de segurança na espécie encontra fundamento no dever de assegurar às vítimas de possíveis violações de direitos humanos, como ocorre nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o direito de participação em todas as fases da persecução criminal, inclusive na etapa investigativa, conforme determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenação proferida contra o Estado brasileiro.
>
> STJ. RMS 70.338-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 22/8/2023. (Info 785)

COM A REFORMA A PARTIR DA LEI 13.964/19, a atribuição para a revisão sobre o arquivamento passa a ser do ÓRGÃO MINISTERIAL DE REVISÃO (Art.28 do CPP).

Assim, além das hipóteses de recursos que foram mantidas, **a vítima ou seu representante legal**

poderão recorrer, no prazo de 30 dias do recebimento da comunicação, submetendo a matéria ao órgão de revisão ministerial (nova redação do art. 28 do CPP).

6.3 Arquivamento da Ação Penal Privada

Ocorre por pedido expresso do querelante, que será considerado **renúncia** e acarretará a extinção da punibilidade, ou com o transcurso do prazo decadencial de 6 meses para exercício do direito de queixa (art. 38, CPP).

6.4 Arquivamento Implícito

Segundo o autor Afrânio Silva Jardim, referência no assunto: "entende-se por arquivamento implícito o **fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento**. Este arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória".

Frisa-se que tal conceito era extraído conforme à antiga redação do art. 28 do CPP.

Como se pode perceber, a doutrina que defende o arquivamento implícito parte da existência de duas omissões: o promotor que deixa de incluir na denúncia algum fato investigado (arquivamento implícito objetivo) ou algum dos indiciados (arquivamento implícito subjetivo), sem justificação ou expressa manifestação deste procedimento e o magistrado que também se omite, deixando de aplicar a regra do art. 28 do CPP. É dessa conjugação de omissões que surge a defesa pela admissão do arquivamento implícito. E o argumento reside no princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Em apreço ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, se o MP não inclui na denúncia todos os crimes e/ou indiciados é porque reconheceu implicitamente a falta de justa causa. E se o juiz recebe a denúncia sem ressalvas é porque implicitamente comungou da mesma orientação operando-se a partir do recebimento da denúncia o arquivamento implícito.

Pergunta-se: **Quando se consuma o arquivamento implícito?**

R.: De acordo com o professor Afrânio Silva Jardim, ocorre quando o juiz deixa de se manifestar na forma do art. 28, em relação ao que foi omitido na denúncia, ocorrendo o arquivamento tácito.

ATENÇÃO: A jurisprudência e doutrina majoritária NÃO admitem o arquivamento implícito, porque a simples omissão não implica arquivamento e o pedido de arquivamento deve ser fundamentado. Todo arquivamento somente produz efeito se for um arquivamento explícito. Havendo omissão a respeito de um dado objetivo ou subjetivo do inquérito, deve-se presumir que as investigações, quanto a parte omissa, continuam em aberto.

Uma grande questão é saber como deverá atuar o juiz em caso de omissão do Ministério Público, tendo em vista que o juiz não mais exerce o controle sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e a sistemática do antigo art. 28 foi substituída pelo controle realizado pelo órgão ministerial de revisão. Diante

das mudanças, acreditamos que não mais há que se falar em arquivamento implícito no processo penal (que já não era aceito pelos Tribunais Superiores, de qualquer forma).

6.5 Arquivamento Indireto

Ocorria quando o magistrado não concordava com o pedido de **declinação de atribuição** formulado pelo órgão ministerial. O juiz recebe a manifestação como se fosse um pedido de arquivamento e aplica, por analogia, o art. 28 do CPP, leia-se, homologa ou não e, caso não homologue, remete os autos à PGJ.

Diante do julgamento do mérito das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, ao nosso ver, não faz mais sentido falarmos em arquivamento indireto, visto que a providência de arquivamento passa a ser realizada exclusivamente no âmbito do Ministério Público, de modo que o juiz não faz mais qualquer tipo de controle, salvo na hipótese de patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento, conforme interpretação conferida pela Suprema Corte ao §1º do art. 28.

6.6 Coisa Julgada na Decisão de Arquivamento

A coisa julgada ocorre quando estamos diante de uma decisão judicial que não comporta mais recurso, tornando-se imutável.

- **Coisa julgada formal:** é a imutabilidade da decisão no processo em que foi proferida. Neste processo não poderá ser modificada, mas em outro sim.
- **Coisa julgada material:** pressupõe a formal, é a imutabilidade da decisão fora do processo no qual aquela foi proferida.

A depender do fundamento utilizado na promoção de arquivamento irá ocorrer coisa julgada formal ou coisa julgada formal e material.

A seguir reproduzimos o quadro sobre as hipóteses de coisa julgada no arquivamento do IP:

Fundamento do arquivamento	Espécie de coisa julgada
a) Ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação	Coisa julgada formal
b) Falta de justa causa	Coisa julgada formal
c) Excludente de ilicitude	Divergência jurisprudencial STJ: Coisa julgada material STF: Coisa julgada formal
d) Excludente de culpabilidade	Coisa julgada material (exceto inimputabilidade)
e) Excludente de punibilidade	Coisa julgada material (exceto no caso de certidão de óbito falsa)
f) Atipicidade do fato	Coisa julgada formal e material

O STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando, mesmo esgotados os prazos para a conclusão das diligências, não foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade.

O STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando verificar que, mesmo após terem sido feitas diligências de investigação e terem sido descumpridos os prazos para a instrução do inquérito, não foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade (art. 231, § 4º, "e", do RISTF). A pendência de investigação, por prazo irrazoável, sem amparo em suspeita contundente, ofende o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Caso concreto: tramitava, no STF, um inquérito para apurar suposto delito praticado por Deputado Federal. O Ministro Relator já havia autorizado a realização de diversas diligências investigatórias, além de ter aceitado a prorrogação do prazo de conclusão das investigações. Apesar disso, não foram reunidos indícios mínimos de autoria e materialidade. Com o fim do foro por prerrogativa de função para este Deputado, a PGR requereu a remessa dos autos à 1ª instância. O STF, contudo, negou o pedido e arquivou o inquérito, de ofício, alegando que já foram tentadas diversas diligências investigatórias e, mesmo assim, sem êxito. Logo, a declinação de competência para a 1ª instância a fim de que lá sejam continuadas as investigações seria uma medida fadada ao insucesso e representaria apenas protelar o inevitável. STF. 2ª Turma. Inq 4420/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21/8/2018 (Info 912).

No mesmo sentido: STF. Decisão monocrática. INQ 4.442, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 12/06/2018.

A decisão de arquivamento de inquérito policial lastreada na atipicidade do fato toma força de coisa julgada material, sendo manifestamente incabível a reabertura do feito por meio de correição parcial (HC 173594 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 06-05-2021 PUBLIC 07-05-2021).

Atenção! Existe doutrina minoritária que defende que a decisão de arquivamento nunca fará coisa julgada, seja formal, seja material. Como o arquivamento não é ato jurisdicional típico, desenvolvendo-se em uma etapa pré-processual, não haveria de se falar em coisa julgada. Nesse sentido, André Nicolitt e Afrânio Silva Jardim.

Inclusive, com a nova sistemática do arquivamento em vigor, a partir da decisão proferida nos autos das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, essa posição é reforçada, na medida em que o arquivamento, em regra, passa a ser ato que ocorre apenas no âmbito do órgão ministerial. Destaca-se que, a Corte Suprema conferiu interpretação conforme ao art. 28, permitindo que o juiz poderá atuar, encaminhando o arquivamento à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento.

Para melhor fixação da matéria, vamos sintetizar a **NOVA SISTEMÁTICA DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.**

ANTES DA REFORMA	APÓS A L.13964/19
Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.	Art. 28. Ordenado o **arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza**, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, **a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial**. (NR)

O STF, por maioria, atribuiu interpretação conforme ao *caput* do art. 28 para assentar que, **ao se manifestar** pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos de mesma natureza, o MP **submeterá sua manifestação ao juiz competente** e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos ao Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei**.**

ANTES DO PACOTE ANTICRIME:

O art. 28 representava um CONTROLE JUDICIAL sobre o arquivamento (Princípio da Devolução), que possuía 2 funções:

1ª: controle judicial externo do Princípio da Obrigatoriedade (que rege as ações penais públicas);

2ª: mecanismo de controle externo do próprio Ministério Público.

Nesse sentido, o Ministério Público promove o arquivamento, cabendo ao juiz duas opções:

- Se o Juiz concordar, ele HOMOLOGA a decisão de arquivamento.
- Se o juiz não concordar, ele ENCAMINHA para o Procurador Geral.

Então, surgiam as seguintes hipóteses que poderiam ser adotadas pelo Procurador Geral:

- Ratificar o arquivamento – hipótese em que o juiz é obrigado a aceitar e deferir;
- Oferecer denúncia;
- Designar para que outro promotor ofereça denúncia.

Nessa última hipótese, existe divergência doutrinária se a designação do Procurador Geral vincula o novo promotor. Em outras palavras: O promotor designado é obrigado a oferecer denúncia?

1ª corrente (Claudio Fonteles, Nicolitt, Polastri): Possibilidade de recusa. Como **se trata de designação**, o promotor **não pode ser obrigado** a subscrever como sua uma opinião delitiva com a qual discorda, o que **ofenderia sua independência funcional**

2ª posição (clássica e majoritária): Impossibilidade de recusa. Na realidade, como a denúncia é atribuição do Procurador Geral, não se trata de designação, e sim **delegação,** atuando o promotor como *longa manus* do Procurador Geral, o que é suficiente para a preservação da sua independência funcional (o promotor designado estaria apenas veiculando a opinião delitiva do Procurador Geral).

Atenção à jurisprudência relacionado ao tema:

> O Procurador-Geral de Justiça, se entender que é caso de arquivamento do Procedimento de Investigação Criminal (PIC) por ausência de provas, não precisa submeter essa decisão de arquivamento à apreciação do Tribunal de Justiça, não se aplicando, nesta hipótese, o art. 28 do CPP. O arquivamento do PIC, promovido pelo PGJ, nos casos de sua competência originária, não reclama prévia submissão ao Poder Judiciário, pois este arquivamento, que é por ausência de provas, não acarreta coisa julgada material. O chefe do Ministério Público estadual é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento do PIC. Logo, descabe a submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário. STF. 1ª Turma. MS 34730/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/12/2019 (Info 963).

Ocorre que, **com o Pacote Anticrime**, as mudanças na sistemática do arquivamento do inquérito policial foram significativas. A partir de agora, não basta para o arquivamento de investigações criminais a promoção de arquivamento feita pelo Promotor natural do feito. Passa a ser necessária, também, a confirmação (homologação) dessa decisão de arquivamento por Órgão de revisão do MP.

O arquivamento, portanto, será feito em duas etapas, assegurada a **cientificação do investigado e da vítima**. Ademais, institui-se a possibilidade de **recurso** em face dessa decisão de arquivamento.

Com a mudança, volta à baila a discussão sobre a natureza jurídica da decisão de arquivamento.

Para Afrânio Silva Jardim[1], a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial tem **natureza de decisão judicial**, porque oriunda do Poder Judiciário, em outras palavras, de **decisão administrativa em sentido lato**.

Já para Fernando da Costa Tourinho Filho[2], a aludida decisão tem **natureza de despacho judicial de expediente** (CPP, art. 800, III).

Entretanto, diante das alterações, a posição mais coerente nos parece a do Professor Guilherme de Souza Nucci[3]:

[1](Jardim, 2000, pp. 166-167)
[2](Filho, pp. 400-401)
[3](Nucci, 2019)

> "Observa-se, entretanto, que o juiz pode, acolhendo parecer do Ministério Público, no sentido de haver insuficiência de provas para o oferecimento da denúncia, determinar o arquivamento como **providência meramente administrativa**. "

Agora, passa a ser uma decisão de natureza administrativa e que não se submete ao crivo judicial, em respeito ao sistema acusatório, pois o arquivamento passa a ser realizado apenas no âmbito do MP.

Inclusive, as mudanças trazidas pela L. 13964/19 vão ao encontro do que a doutrina já clamava, em respeito ao princípio acusatório[4].

> "A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado. [...] **Neste plano, a manutenção do controle, pelo juiz, das diligências realizadas no inquérito ou peças de informação, e do atendimento, pelo promotor de justiça, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, naquelas hipóteses em que, ao invés de oferecer denúncia, o membro do Ministério Público requer o arquivamento dos autos da investigação, constitui inequívoca afronta ao princípio acusatório. "**

Abaixo, vamos reestruturar o procedimento após as alterações:

Decisão de arquivamento
O órgão do Ministério Público **comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial.**
Após, o órgão do Ministério Público encaminhará os autos para a **instância de revisão ministerial** para fins de homologação.
A **vítima** poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão na instância de revisão ministerial.
Crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

A primeira observação importante, é que a lei conferiu **apenas à vítima** a possibilidade de provocar a instância ministerial de revisão, deixando de fora o investigado e a Autoridade Policial.

Entretanto, destaca-se que o STF, ao conferir interpretação conforme aos dispositivos que disciplinam o arquivamento (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) decidiu que a **autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial**, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento**.**

[4](Prado, 1999, p. 153)

Outro ponto é que a lei não mais trata da hipótese em que o juiz discordar do requerimento de arquivamento, pelo simples fato de que não cabe ao Juiz de Garantias discordar ou não da opinião do membro do Ministério Público. A **decisão de arquivamento fica adstrita ao âmbito do Ministério Público, isto é, uma providência meramente administrativa, em observância ao sistema acusatório** (Art.129, I, da CRFB e Art. 3º-A do CPP).

Entretanto, destaca-se que o STF, ao conferir interpretação conforme aos dispositivos que disciplinam o arquivamento (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) decidiu que o MP **submeterá sua manifestação ao juiz competente.**

7. DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO E A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL

Conforme dispõe o art. 18 do CPP, o inquérito só pode ser desarquivado se a autoridade policial tiver obtido **notícias de provas novas**.

Cumpre destacar que a possibilidade de desarquivamento pressupõe que a decisão de arquivamento tenha se pautado em hipótese que apenas formou coisa julgada formal (ex.: arquivamento por falta de lastro probatório) posto que pautada na *cláusula rebus sic stantibus*: mantidos os pressupostos fáticos que serviram de amparo ao arquivamento, esta decisão deve ser mantida; modificando-se o panorama probatório, nada impede o desarquivamento do inquérito policial.

> Art. 18, CPP: Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

ATENÇÃO: Para o delegado de polícia proceder a novas pesquisas, dando continuidade às investigações – basta que haja **NOTÍCIAS de provas novas**. Por outro lado, para o Ministério Público dar início a uma nova ação penal, não basta haver notícias de provas novas, é necessário que existam efetivamente **PROVAS NOVAS**. Esse é o entendimento cristalizado na Súmula 524 do STF:

> Súmula 524 STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Conforme ensina o autor Renato Brasileiro, desarquivamento não é a mesma coisa que oferecer a denúncia.

- Desarquivar: significa reabrir as investigações, sendo suficiente para tal a notícia de provas novas.
- Oferecer denúncia: propositura da ação penal, sujeita ao surgimento de provas novas.

Pergunta-se: **Quem é responsável pelo desarquivamento do inquérito policial?**

R.: Há doutrinadores que entendem que é a autoridade policial. De acordo com o art. 18 do CPP, depois de arquivado o inquérito por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia. Por questões práticas, como os autos do inquérito policial

ficam arquivados perante o Poder Judiciário – leia-se, juiz das garantias –, tão logo tome conhecimento da notícia de provas novas, deve a autoridade policial representar ao Ministério Público, solicitando o desarquivamento físico dos autos para que possa proceder a novas investigações.

Porém, a doutrina majoritária defende que o desarquivamento compete ao Ministério Público, titular da ação penal pública, e, por consequência, destinatário final das investigações policiais. Diante de notícia de prova nova a ele encaminhada, seja pela autoridade policial, seja por terceiros, deve promover o desarquivamento, solicitando à autoridade judiciária o desarquivamento físico dos autos. Caso haja dificuldades no desarquivamento físico dos autos do inquérito policial, nada impede que o Ministério Público requisite a instauração de outra investigação policial.

Pergunta-se: **Qual seria o conceito de provas novas?**

R.: Conforme jurisprudência e doutrina majoritária, provas novas são aquelas provas **capazes de alterar o contexto probatório** dentro do qual foi proferida a decisão de arquivamento.

De acordo com a doutrina, há duas espécies de provas novas:

a) **Prova formalmente nova**: prova que já era conhecida, mas ganhou nova versão após o arquivamento. Ex.: mudança no depoimento testemunhal.
b) **Prova materialmente/substancialmente nova:** é a prova inédita, desconhecida, que estava oculta por ocasião do arquivamento.

Como já se pronunciou o STJ:

> (...) três são os requisitos necessários à caracterização da prova autorizadora do desarquivamento de inquérito policial (artigo 18 do CPP): a) que seja **formalmente** nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; b) que seja **substancialmente** nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; c) seja **apta a produzir alteração no panorama probatório** dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento. Preenchidos os requisitos – isto é, tida a nova prova por pertinente aos motivos declarados para o arquivamento do inquérito policial, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida, e diante da retificação do testemunho anteriormente prestado –, é de se concluir pela ocorrência de novas provas, suficientes para o desarquivamento do inquérito policial e o consequente oferecimento da denúncia. (STJ, 6ª Turma, RHC 18.561/ES, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 11/04/2006).

Atenção! O STJ tem precedente afirmando que "**mudança de entendimento jurisprudencial** sobre aspectos jurídicos da situação fática apreciada no procedimento investigatório arquivado NÃO autoriza o desarquivamento do inquérito policial" (STJ, Corte Especial, Apn 311/RO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 02/08/2006)

Pergunta-se: **E qual é a natureza jurídica de "provas novas"?**

R.: A descoberta de provas novas funciona como **condição de procedibilidade** para o exercício da ação penal.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCPB 2022): Em regra, é possível desarquivar o inquérito policial quando fundamentado na
A) atipicidade do fato.
B) falta de justa causa para a ação penal.
C) decadência do direito de representação do ofendido.
D) comprovação de coação moral irresistível.
E) menoridade do autor do fato.

Gabarito: letra B.

8. TRANCAMENTO (OU ENCERRAMENTO ANÔMALO) DO INQUÉRITO POLICIAL

O trancamento, por sua vez, é determinado pelo juiz (não há consenso) quando a mera tramitação do IP configura um **constrangimento ilegal** contra o paciente.

Segundo o autor Renato Brasileiro, trata-se de medida de força que acarreta a extinção prematura das investigações quando a mera tramitação do inquérito configurar constrangimento ilegal.

O trancamento do IP é uma medida de natureza excepcional, somente sendo possível quando:

a) Não houver qualquer dúvida sobre a atipicidade (formal/material) da conduta;
b) Presença de causa extintiva da punibilidade;
c) Ausência de justa causa.

Salienta-se que o instrumento adequado para o trancamento do IP será:

- ***Habeas corpus*** – nos casos em que há risco à liberdade de locomoção;
- **Mandado de segurança** – nos casos de pessoa jurídica, em que não há risco à liberdade de locomoção.

> CF, art. 5º, LXVIII: conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de pode".
>
> Súmula 693 STF: Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCAP 2017 – Prova Oral): Foi questionada de quem seria a competência para o julgamento do *habeas corpus* em caso de pleito pelo trancamento do IP.

- Inquérito instaurado pelo Delegado de Polícia (autoridade coatora): Juiz de primeira instância.
- Inquérito instaurado por requisição do Ministério Público (autoridade coatora): Tribunal competente para irá julgar originariamente.

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCRN 2021) No curso de inquérito policial, a autoridade policial indiciou Napoleão pela prática do crime de homicídio qualificado, em que pese os elementos de informação colhidos demonstrassem de maneira clara que o investigado agiu em legítima defesa. Visando combater tal decisão e buscar o "trancamento" do inquérito policial, o advogado de Napoleão poderá impetrar habeas corpus, sendo competente para julgamento um juiz de 1º grau. (item considerado correto).

9. RELATÓRIO DA AUTORIDADE POLICIAL

Fundamento legal: 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
> § 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente
> § 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas
> § 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Cuida-se, o relatório, de peça elaborada pela autoridade policial (Delegado de Polícia), de **conteúdo eminentemente descritivo**, onde deve ser feito um esboço das principais diligências realizadas na investigação criminal.

A produção do relatório policial NÃO é condição *sine qua non* para o oferecimento da denúncia. Se nem mesmo o IP é indispensável para o oferecimento da ação penal, tampouco o relatório o será. Contudo, trata-se de um **dever legal do Delegado**, sob pena de ser responsabilizado disciplinarmente.

Entretanto, cabe destacar disposição legal específica no que se refere a **Lei de Drogas (Lei 11.343/06)**:

> Lei 11.343/06 - Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo: I -

> relatará sumariamente as circunstâncias do fato, **justificando as razões que a levaram à classificação do delito**, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (...)

Esquematizando para as provas objetivas:

- Regra: O relatório **é peça meramente descritiva**, que aborda somente as diligências realizadas.
- Exceção: Na **Lei de Drogas**, o delegado deve emitir um juízo de valor sobre as circunstâncias do crime.

Ocorre que esse raciocínio é ultrapassado. Dizia-se que o delegado de polícia faz apenas um juízo de tipicidade. Contudo, o direito penal adota o conceito analítico de crime. Crime é fato típico, ilícito e culpável. Portanto, para que haja adequação típica em sentido lato é necessário que todos os elementos do fato estejam presentes.

Pergunta-se: **Para onde o delegado de polícia deve enviar o relatório?** O CPP prevê que o relatório deve ser enviado ao juiz competente (art. 10, §1º do CPP).

Tribunais Superiores: Asseveram a constitucionalidade do dispositivo, uma vez que o encaminhamento ao juiz é meramente administrativo. O magistrado redireciona automaticamente os autos ao MP. Isso, portanto, não tem o condão de comprometer o sistema acusatório do processo.

Doutrina majoritária: Doutrina garantista sustenta que o envio do relatório final realizado pelo delegado ao juiz ofende o sistema acusatório. O certo seria encaminhá-lo diretamente ao MP, por ser ele o destinatário final do inquérito policial

CAIU EM PROVA:

(Delegado da PCPR 2021): A partir de uma *notitia criminis*, a autoridade policial da Delegacia de Goioerê/PR instaurou inquérito policial (IP) em desfavor de L.R. pela prática do crime previsto no art. 171, §2º, inciso III, do Código Penal (defraudação de penhor). Após várias diligências, a autoridade entendeu que o fato é atípico. Nesse caso, a autoridade policial deverá elaborar o relatório e encaminhar o IP a juízo (item considerado correto).

Tramitação direta entre o Delegado de Polícia e o Ministério Público:

Embora se fale, ordinariamente, que o STF tem decisão (ADI 2886/RJ) no sentido de não admitir a tramitação direta do inquérito policial com investigado solto entre a Polícia e o Ministério Público, na verdade a decisão do STF não foi no sentido de INADMITIR A TRAMITAÇÃO DIRETA, mas sim declarar o artigo da Lei Estadual (do MP/RJ) inconstitucional por contrariar previsão expressa em lei federal a qual dispõe acerca do envio direto dos autos ao juiz (CPP). Tanto é que o STJ já declarou a resolução/portaria do MPF, que prevê a tramitação direta, constitucional.

Ressalta-se, ainda, que **há ação no STF que tramita com reconhecimento de repercussão geral (está atualmente 30/08/2023 com Remessa da Petição: 95989/2023 para o gabinete do Min. Alexandre de Moraes - RE 660.814) acerca de ato de provimento da Corregedoria-Geral de justiça.**

> É INCONSTITUCIONAL lei estadual que preveja a tramitação direta do inquérito policial entre a polícia e o Ministério Público. É CONSTITUCIONAL lei estadual que preveja a possibilidade de o MP requisitar informações quando o inquérito policial não for encerrado em 30 dias, tratando-se de indiciado solto. STF. Plenário. ADI 2886/RJ, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 3/4/2014 (Info 741).

O STJ, por sua vez, tem precedente no sentido de **admitir a tramitação direta** entre a Polícia Federal e o MPF, por atender à garantia da razoável duração do processo, economia processual e eficiência, sem afastar a cláusula de reserva de jurisdição (Informativo 574, 5ª T. STJ).

> Não é ilegal a portaria editada por Juiz Federal que, fundada na Res. CJF n. 63/2009, estabelece a tramitação direta de inquérito policial entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. De fato, o inquérito policial "qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a 'informatio delicti'" (STF, HC 89.837-DF, Segunda Turma, DJe 20/11/2009). Nesse desiderato, a tramitação direta de inquéritos entre a Polícia Judiciária e o órgão de persecução criminal traduz expediente que, longe de violar preceitos constitucionais, atende à garantia da duração razoável do processo – pois lhe assegura célere tramitação –, bem como aos postulados da economia processual e da eficiência. Ressalte-se que tal constatação não afasta a necessidade de observância, no bojo de feitos investigativos, da chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais. Ademais, não se pode alegar que haveria violação do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa ao se impedir o acesso dos autos de inquérito pelos advogados, o que também desrespeitaria o exercício da advocacia como função indispensável à administração da Justiça e o próprio Estatuto da Advocacia, que garante o amplo acesso dos autos pelos causídicos. Isso porque o art. 5º da Res. CJF n. 63/2009 prevê expressamente que "os advogados e os estagiários de Direito regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil terão direito de examinar os autos do inquérito, devendo, no caso de extração de cópias, apresentar o seu requerimento por escrito à autoridade competente". Faz-se mister destacar que, não obstante a referida Resolução do CJF ser objeto, no STF, de ação direta de

inconstitucionalidade – ADI 4.305 –, o feito, proposto em 2009 pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, ainda está concluso ao relator, não havendo notícia de concessão de pedido liminar. Assim, enquanto não existir manifestação da Corte Suprema quanto ao tema, deve ser mantida a validade da Resolução. Registre-se, ademais, que não se olvida a existência de julgado do STF, nos autos da ADI 2.886, em que se reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, por entender padecer a legislação de vício formal. Apesar de o referido julgamento ter sido finalizado em abril de 2014, convém destacar que se iniciou em junho de 2005, sendo certo que, dos onze Ministros integrantes da Corte (que votaram ao longo desses nove anos), quatro ficaram vencidos, e que, dos votos vencedores, três ministros não mais integram o Tribunal. Assim, não há como afirmar como certa a possível declaração da inconstitucionalidade da 119 Resolução do CJF objeto da ADI 4.305 (2016, 5ª Turma) (Info 574 STJ). Fonte: Dizer o Direito

META 3

DIREITO CONSTITUCIONAL: REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

TODOS OS ARTIGOS

CF/88

- Art. 5º, inc. LXVIII a LXXIII,
- Art. 5, inc. LXXVII,
- Art. 102, inc. I, "d", "i" e "q"
- Art. 102, inc. II, "a"
- Art. 105, inc. I, "b", "c" e "h"
- Art. 105, inc. II, "a"
- Art. 108, inc. I, "c" e "d"
- Art. 121, §3º e §4º, inc. V
- Art. 142, §2º

CPP

- Art. 3-B, inc. XII
- Art. 574, I
- Art. 581, X
- Art. 612
- Arts. 647 a 667

OUTROS DIPLOMAS LEGAIS:

- Lei 9507/97 (*habeas data*)
- Lei 12.016/2009 (mandado de segurança)
- Lei 13.300/2016 (mandado de injunção)
- Lei 4717/65 (ação popular)
- Art. 23, 24, 30, 32 e 41-A, Lei 8038/90

ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER!

CF/88

- Art. 5º, inc. LXVIII a LXXIII
- Art. 5, inc. LXXVII

CPP

- Art. 3º-B, inc. XXII
- Arts. 647, 648, 651
- Art. 654, *caput*.
- Art. 655 e 656
- Art. 660, §§ 1º e 4º

LEI 9507/97 (HABEAS DATA)

- Art. 4º
- Art. 7º
- Art. 8º, §único
- Art. 19

LEI 12.016/2009 (MANDADO DE SEGURANÇA)

- Art. 1º e 3º
- Art. 6º, *caput*
- Art. 7º, inc. I e §4º
- Art. 8º a 10º
- Arts. 14 e 20
- Arts. 21 a 23
- Art. 26

LEI 13.300/2016 (MANDADO DE INJUNÇÃO)

- Arts. 2º e 3º
- Art. 8º e 9º
- Arts. 11 a 13

Remédios Constitucionais: são garantias que consubstanciam meios colocados à disposição do indivíduo para salvaguardar os seus direitos diante de ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Poder Público.

1. *HABEAS CORPUS*

> O *habeas corpus* é, no Direito inglês do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus* (…). Mas a expressão *habeas corpus*, sem mais nada, habeas corpus por antonomásia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que se submeta a (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto, pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (*writ*) do Direito inglês e 'baluarte permanente de nossas liberdades (*The stable balwark of our liberties*). (TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 9ª Edição, 1995, p. 390-391).

a) Previsão normativa: art. 5º, LXVIII, CF/88 e arts. 647 e ss do CPP.

> Art. 5º LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

b) Introdução

Típico de direito de primeira geração, o HC visa a garantir o direito individual de locomoção, por meio de ordem exarada por órgão do Poder Judiciário, para que seja cessada a ameaça ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo.

Historicamente o HC foi a primeira garantia de direitos fundamentais concedida por "João Sem Terra" - Magna Carta de 1215 e formalizada posteriormente pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679.

No direito inglês, surgiu primeiramente na Magna Charta Libertatum, de 1215 e, no direito brasileiro, surgiu pela 1ª vez na Constituição Federal de 1891, permanecendo nas demais constituições subsequentes.

Ressalta-se, contudo, que, inicialmente, o HC visava proteger outros direitos distintos - e não apenas a locomoção, por meio da chamada Teoria Brasileira do *habeas corpus.* Porém, com a EC n° 1 de 1926, restringiu-se o HC apenas à liberdade de locomoção. Ensina o professor Marcelo Novelino:

> Durante a Primeira República, com a introdução desse instituto no sistema constitucional pátrio, surgiu a denominada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", que tinha Rui Barbosa como seu principal expoente. Em face da ausência de outras garantias constitucionais na Carta de 1891, foi adotada uma interpretação ampla acerca do cabimento desse *mandamus*, utilizado em diversas situações de ameaça a direitos constitucionalmente assegurados – e não apenas à liberdade de locomoção – decorrentes de ilegalidades ou abusos de poder. À época, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a ação contemplava as situações em que a liberdade de ir e vir era meio para atingir outro direito. A partir da reforma constitucional de 1926, essa concepção foi superada e o *habeas corpus* passou a ser utilizado apenas em seu sentido clássico (NOVELINO, 2017, p. 438).

Sobre o tema, confira a dica da Professora Thaianne:

https://youtu.be/dggvsbK8Ktc

c) Características do HC:

- O HC possui natureza dúplice: Ação de natureza penal não condenatória e remédio constitucional
- Possui autonomia própria
- Pode ser impetrado sem que exista processo
- Isento de custas
- Não exige capacidade postulatória
- Admite concessão de pedido liminar
- Exige violência ou coação + ilegalidade ou abuso de poder

d) Modalidades - O HC pode ser:

- **Repressivo (liberatório):** Quando o indivíduo já tiver desrespeitado o seu direito de locomoção;
- **Preventivo (salvo-conduto):** Quando há apenas ameaça ao seu direito de locomoção.

Caiu na prova Delegado/PA 2016!
(Adaptada) Maria, gestante de feto anencéfalo, pretende a obtenção de autorização judicial para realização de aborto. O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Pretende, agora, manejar um remédio constitucional para evitar o cometimento de crime. Para tanto, deverá demandar por meio de habeas corpus. **(ITEM CORRETO)**

e) Legitimidade ativa: Universal. Qualquer pessoa pode impetrar HC:

- Pessoa física ou jurídica
- Nacional ou estrangeira
- Independentemente de capacidade civil.
- MP e juiz de ofício podem impetrar HC

Obs.1: Exceção ao princípio da inércia jurisdicional: O Juiz de direito, o Desembargador, Ministros, Turma Recursal e o Tribunal poderão conceder ***habeas corpus*** **de ofício,** no exercício da função jurisdicional.

Obs.2: Não exige capacidade postulatória do impetrante, de modo que a ação pode ser formulada sem advogado.

f) Legitimidade passiva: autoridade ou mesmo um particular, desde que o constrangimento seja decorrente da função por ele exercida (ex: agente de hospital que ilegalmente impede a saída do paciente).

IMPORTANTE
Conforme ensina o professor Pedro Lenza, o **autor** da ação constitucional de *habeas corpus* recebe o nome de **impetrante**; o **indivíduo em favor** do qual se impetra, **paciente** (podendo ser o próprio impetrante), e a **autoridade que pratica a ilegalidade ou abuso de poder**, autoridade **coatora** ou **impetrado**.

STF: A pessoa jurídica NÃO pode figurar como **paciente** de HC, pois jamais estará em jogo a liberdade de locomoção, ainda que se trate da possibilidade de apenação da pessoa jurídica por crimes ambientais.

Caiu na prova Delegado AL/2023! Conquanto seja mais frequente o ajuizamento de *habeas corpus* contra ato de autoridade, admite-se sua impetração contra ato praticado por particular em respeito à previsão constitucional da proteção da liberdade de locomoção. **(ITEM CORRETO)**

g) HC e ofensa indireta

STF: Será cabível o HC não só contra ofensa direta, mas também contra ofensa indireta, reflexa ou potencial ou direito de locomoção, a exemplo do uso do HC para atacar a quebra de sigilo bancário em procedimento que possa resultar prisão => Se a quebra de sigilo for determinada por autoridade fiscal, no curso de procedimento administrativo tributário, é incabível HC, pois em processo administrativo NÃO implica ofensa ao direito de locomoção.

h) Pressupostos ou condições para a concessão de HC

Uma vez conhecido o *habeas corpus* somente deverá ser concedido em caso de réu preso ou na iminência de sê-lo, presentes as seguintes condições (STF. 1ª Turma. AgRg no HC 200.055, Rel. Min. Roberto Barroso):

(1) Violação à jurisprudência consolidada do STF;
(2) Violação clara à Constituição; ou
(3) Teratologia na decisão impugnada, caracterizadora de absurdo jurídico.

Veja algumas jurisprudências pertinentes:

É cabível a concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis Sativa* para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, e chancelado pela Anvisa. STJ. 6ª

Turma. Processo sob segredo judicial, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/06/2022. (Info 742).

O *Habeas corpus* não constitui via própria para impugnar Decreto de governador de Estado sobre adoção de medidas acerca da apresentação do comprovante de vacinação contra a COVID-19 para que as pessoas possam circular e permanecer em locais públicos e privados. O STJ entendeu que, neste caso, o autor está impetrando um *habeas corpus* contra um ato normativo em tese, o que não se admite conforme entendimento consolidado da jurisprudência: Súmula 266-STF: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.
A despeito de a Súmula 266 do STF falar em mandado de segurança, ela vale também para habeas corpus. Assim, o habeas corpus não constitui via própria para o controle abstrato da validade de leis e atos normativos em geral: O habeas corpus não se traduz em meio adequado para o reconhecimento da ilegalidade de ato normativo em tese. No caso, a demanda perpassa necessariamente pela análise de inconstitucionalidade em tese de Lei Municipal. Ocorre que o habeas corpus não constitui via própria para o controle abstrato da validade das leis e dos atos normativos em geral, sob pena de desvirtuamento de sua essência. STJ. 5ª Turma. RHC 104.626/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 6/8/2019.
Em sentido semelhante: Jurisprudência em Teses Ed. 178: 5) Não é cabível habeas corpus para impugnar ato normativo que fixa medidas restritivas para prevenir a disseminação da covid-19, por não constituir via própria para o controle abstrato da validade de leis e atos normativos em geral. STJ. 2ª Turma. RDC no HC 700.487-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22/02/2022 (Info 726).

É inadmissível a intervenção do assistente de acusação na ação de habeas corpus. É inadmissível a intervenção do assistente de acusação na ação de habeas corpus. Isto porque, inexiste imposição legal de intimação do assistente do Ministério Público no habeas corpus impetrado em favor do acusado. Ademais, como ele não integra a relação processual instaurada nessa ação autônoma de natureza constitucional, também não possui legitimidade para recorrer de decisões proferidas em habeas corpus, por não constar essa atividade processual no rol exaustivo do art. 271 do Código de Processo Penal. STF. 1ª Turma. AgRg no HC 203.737, Rel. Min. Carmem Lúcia, decisão monocrática em 31/08/2021.

Cabe habeas corpus para impugnar decisão judicial que determinou a retenção de passaporte. O acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, razão pela qual pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise. Isso vale não apenas para decisões criminais como também cíveis. STJ. 4ª Turma. RHC 97876-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018 (Info

631). STJ. 2ª Turma. HC 478.963-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 14/05/2019.

Cabe habeas corpus contra a decisão que não homologa ou que homologa apenas parcialmente o acordo de colaboração premiada. Atualmente, não existe previsão legal de recurso cabível em face de não homologação ou de homologação parcial de acordo. Logo, deve ser possível a impetração de habeas corpus. A homologação do acordo de colaboração premiada é etapa fundamental da sistemática negocial regulada pela Lei nº 12.850/2013, estando diretamente relacionada com o exercício do poder punitivo estatal, considerando que nesse acordo estão regulados os benefícios concedidos ao imputado e os limites à persecução penal. STF. 2ª Turma. HC 192063/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/2/2021 (Info 1004).

Quando a liberdade de alguém estiver direta ou indiretamente ameaçada, cabe *habeas corpus* ainda que para solucionar questões de natureza processual. STF. 2ª Turma. HC 163943 AgR/PR, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 4/8/2020 (**Info 985).**

O *habeas corpus* pode ser empregado para impugnar medidas cautelares de natureza criminal diversas da prisão. Isso porque, se descumprida a "medida alternativa", é possível o estabelecimento da custódia, alcançando-se o direito de ir e vir. STF. 1ª Turma. HC 170735/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 30/6/2020 **(Info 984).**

Cabe *habeas corpus* para questionar a decisão do magistrado que não permite que os réus delatados apresentem alegações finais somente após os réus colaboradores **(Info 949)**

Caiu na prova Delegado RO/2022! De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é admitida a impetração de habeas corpus contra decisão que determina a retenção de passaporte. **(ITEM CORRETO)**

i) Hipóteses em que NÃO é possível o cabimento de HC:

- Impugnar decisões de plenário de qualquer das turmas do STF;
- Impugnar determinação e suspensão dos direitos políticos;
- Impugnar penalidade administrativa de caráter disciplinar;
- Impugnar decisão condenatória à pena de multa, ou relativa a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada (Súmula 693 STF);

Caiu na prova Delegado MS/2021! Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória à pena de multa ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. **(ITEM CORRETO)**

- Não se conhece de recurso de "habeas corpus" cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção (Súmula n° 395 STF);
- Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar (Súmula n° 691 STF);
- Impugnar a determinação de quebra de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, se desta medida não puder resultar condenação à pena privativa de liberdade;
- Discutir o mérito das punições disciplinares militares **-> STF: NÃO cabe a discussão do mérito, mas cabe HC para se analisar os pressupostos de legalidade da medida;**
- Para discutir processo criminal envolvendo o art. 28 da Lei de Drogas (STJ, Info 758);
- Questionar afastamento ou perda de cargos públicos;
- Dirimir controvérsia sobre a guarda de filhos menores;
- Discutir matéria objeto de processo de extradição;
- Questionamento de condenação criminal quando já extinta a pena privativa de liberdade;

Caiu na prova Delegado MT/2017! Nos casos em que a pena privativa de liberdade já estiver extinta, não será possível ajuizar ação de habeas corpus. **(ITEM CORRETO)**

- Impedir o cumprimento de decisão que determina o sequestro de bens imóveis;
- Discutir condenação imposta em processo de *impeachment*;
- Impugnar o mero indiciamento em inquérito policial, desde que presentes indícios de autoria de fato que configure crime em tese;
- Impugnar omissão de relator na extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito (SÚMULA 692 STF);
- Tutelar o direito à visita em presídio;
- Impugnar decisões monocráticas proferidas por Ministro do Supremo Tribunal Federal. (Info 985);
- Contra ato de Ministro ou outro órgão fracionário da Corte;
- Reexame dos pressupostos de admissibilidade de recurso interposto no STJ;
- Não cabe HC de ofício no bojo de embargos de divergência;
- Não cabe HC em ação que apura improbidade administrativa;
- Em regra, não cabe *habeas corpus* contra decisão transitada em julgado (posição majoritária na jurisprudência – Inf. 892);
- Não cabe HC para impugnar ato normativo que fixa medidas restritivas para prevenir a disseminação da covid-19;
- Não cabe *habeas corpus* para discutir se foi correta ou não a fixação da competência e se existe conexão entre os crimes (STF, Info 959);
- Não cabe *habeas corpus* para impugnar decisão judicial que determinou a suspensão de CNH. A suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) não configura ameaça ao direito de ir e vir do

titular. STJ. 4ª Turma. RHC 97876-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018 (Info 631).

💣 **Compete à Terceira Seção do STJ processar e julgar habeas corpus impetrado com fundamento em problemas estruturais das delegacias e do sistema prisional do Estado.** Nota: Fixou-se a 3ª Seção porque o pedido final é de natureza penal. (Info 644)

Questões importantes:

É possível a impetração de *habeas corpus* e a interposição de recurso de forma concomitante?

O habeas corpus, quando impetrado de forma concomitante com o recurso cabível contra o ato impugnado, será admissível apenas se:

a) For destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou
b) Se traduzir pedido diverso do objeto do recurso próprio e que reflita imediatamente na liberdade do paciente.

Nas demais hipóteses, o *habeas corpus* não deve ser admitido e o exame das questões idênticas deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida resvale, por via transversa, na liberdade individual.

A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de habeas corpus em que se busca o trancamento da ação penal? Com a celebração da transação penal, o habeas corpus que estava pendente fica prejudicado ou o TJ deverá julgá-lo mesmo assim?

- **STJ: SIM**. Fica prejudicado. A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de habeas corpus em que se busca o trancamento da ação penal. STJ. 6ª Turma. HC 495148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 24/09/2019 (Info 657).

- **STF: NÃO.** Não impede e o TJ deverá julgar o mérito do habeas corpus. A realização de acordo de transação penal não enseja a perda de objeto de habeas corpus anteriormente impetrado. A aceitação do acordo de transação penal não impede o exame de habeas corpus para questionar a legitimidade da persecução penal. Embora o sistema negocial possa trazer aprimoramentos positivos em casos de delitos de menor gravidade, a barganha no processo penal pode levar a riscos consideráveis aos direitos fundamentais do acusado. Assim, o controle judicial é fundamental para a proteção efetiva dos direitos fundamentais do imputado e para evitar possíveis abusos que comprometam a decisão voluntária de aceitar a transação. Não há qualquer disposição em lei que imponha a desistência de recursos ou ações em andamento ou determine a renúncia ao direito de acesso à Justiça. STF. 2ª Turma. HC 176785/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/12/2019 (Info 964).

Esquematizando:

STF. 2ª Turma (HC 176785/DF):	STJ. 6ª Turma (Info 657):
A aceitação do acordo de transação penal NÃO impede o exame de *habeas corpus* para questionar a legitimidade da persecução penal.	A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de *habeas corpus* em que se busca o trancamento da ação penal

ATENÇÃO PARA A SÚMULA 648 DO STJ: A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em *habeas corpus.*

Vamos entendê-la? (**Via DoD**)

Imagine a seguinte situação hipotética:

O Ministério Público ajuizou ação penal contra João acusando-o da prática de determinado crime. O juiz recebeu a denúncia e determinou a citação do réu para responder a acusação.

João apresentou resposta escrita alegando que não havia justa causa e que, portanto, ele deveria ser absolvido sumariamente. O magistrado, contudo, rejeitou o pedido de absolvição sumária e determinou o início da instrução penal.

João ainda continuava inconformado. Existe algum recurso que ele possa interpor? Cabe algum recurso contra a decisão do juiz que rejeita o pedido de absolvição sumária?

R: NÃO. Não existe recurso cabível na legislação para esse caso. Diante disso, a jurisprudência admite a impetração de *habeas corpus* sob o argumento de que existe risco à liberdade de locomoção.

Desse modo, em nosso exemplo, a defesa de João impetrou habeas corpus no Tribunal de Justiça pedindo o trancamento da ação penal por falta de justa causa. O Desembargador negou o pedido de liminar e designou o dia 15/08 para o julgamento do *habeas corpus* pela Câmara Criminal do TJ. Ocorre que, antes disso, no dia 08/08, o juiz proferiu sentença condenando o réu.

Diante desse cenário, o que acontece com o julgamento do habeas corpus? O Tribunal de Justiça irá apreciar o mérito do *habeas corpus*?

R.: NÃO. A superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido feito no habeas corpus se buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa. A sentença condenatória analisa a existência de justa causa de forma mais aprofundada, após a instrução penal com contraditório e ampla defesa. Logo, não faz mais sentido o Tribunal examinar a decisão de rejeição da absolvição sumária se já há uma nova decisão mais aprofundada. Será essa nova manifestação (sentença) que precisará ser analisada. Logo, o réu terá que interpor apelação contra a sentença condenatória, recurso de cognição ampla por meio do qual toda a matéria será devolvida ao Tribunal, que terá a possibilidade de examinar se a condenação foi acertada, ou não.

E se a sentença tivesse sido absolutória? Se o juiz tivesse absolvido João, o HC também ficaria prejudicado?

R.: SIM. Com maior razão, o *habeas corpus* estaria prejudicado, mas agora por outro motivo: falta de interesse processual já que a providência buscada pela defesa foi alcançada em 1ª instância. Nesse sentido:

A superveniência de sentença absolutória, na linha da orientação firmada nesta Corte, torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa. STJ. 6ª Turma. AgInt no RHC 31.478/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 26/03/2019.

Atenção: Ainda em 2021, poucos meses depois do enunciado ser aprovado, o STJ proferiu a seguinte decisão que pode ser encarada como se fosse uma exceção à Súmula 648:

> Se o habeas corpus discutia a quebra na cadeia de custódia da prova da materialidade, o que teria ocorrido no momento do flagrante, a superveniência da sentença condenatória **não** faz com que esse *habeas corpus* perca o objeto
> A superveniência de sentença condenatória não tem o condão de prejudicar habeas corpus que analisa tese defensiva de que teria havido quebra da cadeia de custódia da prova, ocorrida ainda na fase inquisitorial e empregada como justa causa para a própria ação penal. STJ. 6ª Turma. HC 653.515-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021 (Info 720).

Veja a explicação:

A superveniência de sentença condenatória nem sempre torna prejudicado o habeas corpus, em razão da perda do seu objeto.

No caso concreto, por exemplo, os fatos que subjazem à discussão trazida pela defesa acabaram por lastrear a denúncia e toda a persecução penal, além de haver sido ventilados ainda no limiar do processo e de dizerem respeito à própria justa causa para a ação penal.

Ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, por exemplo - que tem natureza *rebus sic standibus*, isto é, que se caracteriza pelo dinamismo existente na situação de fato que justifica a medida constritiva, a qual deve submeter-se sempre a constante avaliação do magistrado -, o caso dos autos traz hipótese em que houve uma desconformidade entre o procedimento usado na coleta e no acondicionamento de determinadas substâncias supostamente apreendidas com o paciente e o modelo previsto no Código de Processo Penal, fenômeno processual, esse, produzido ainda na fase inquisitorial, que se tornou estático e não modificável e, mais do que isso, que subsidiou a própria comprovação da materialidade e da autoria delitivas.

Assim, a superveniência de sentença condenatória não tem o condão de prejudicar a análise da tese defensiva de que teria havido quebra da cadeia de custódia da prova, ocorrida ainda na fase inquisitorial e empregada como anteparo ao oferecimento da denúncia - ou, de forma mais ampla, como justa causa para a própria ação penal -, máxime quando verificado que a parte alegou a matéria *oportuno tempore*, isto é, logo após a sua produção e que essa tese já foi devidamente examinada e debatida pela instância de origem.

j) Competência

Competência do STF, quando: **art. 102, CF/88.**

a. O paciente for: Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e Procurador Geral da República **(art. 102, I, "b")**;

b. O paciente for: Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do TCU e chefes de missão diplomática de caráter permanente **(art. 102, I, "c")**;

c. O coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à única instância (STF) – **art. 102, I, "i"**;

d. O HC for decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (Nesse caso o STF julga em recurso ordinário) – art. 102, II, "a".

Competência do STJ, quando: **art. 105, CF/88.**

a. O coator ou paciente forem os mencionados na alínea "a": Governador dos Estados e DF/ Desembargadores dos TJ dos Estados e DF/ Membros do Tribunal de Contas dos Estados e DF/ membros do TRF/ membros do TRE/ membros do TRT/ membros dos Conselhos ou Tribunal de Contas do Município/ membros do MPU que oficiem perante tribunais **(art. 105, I, "c");**

b. O coator for tribunal sujeito à jurisdição do STJ ou for Ministro de Estado, Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral **(art. 105, I, "c");**

c. O HC for decidido em única ou última instância pelos TRF's ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, DF ou Territórios, quando a decisão for denegatória. (Nesse caso o STJ julga em recurso ordinário) – **art. 105, II, "a"**.

CUIDADO! Ministros de Estado e comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica:
- Quando forem pacientes – competência do STF
- Quando forem autoridades coatoras – competência do STJ

Competência dos TRFs, quando**: art. 108, CF/88.**

a. A autoridade coatora for juiz federal**(art. 108, I, "d");**

b. Julgam, em grau de recurso, causas decididas pelos juízes federais ou estaduais no exercício da competência federal da área de jurisdição **(art. 108, II).**

Competência dos juízes federais, quando:

a. O HC for de matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição **(art. 109, VII).**

Obs.1: O HC impetrado contra decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais será julgado pelo **Tribunal de Justiça Estadual**. O STF superou a Súmula 690!

Súmula 690, STF – **SUPERADA**

~~Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de "habeas corpus" contra decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais Criminais.~~

Obs.2: Relator pode determinar, de forma discricionária, que HC seja julgado pelo Plenário do STF (e não pela Turma)

> A competência para julgar determinados *habeas corpus* é de uma das duas Turmas do STF (e não do Plenário). Ex: HC contra decisão do STJ, em regra, é de competência de uma das Turmas do STF. O Ministro Relator do HC no STF, em vez de submetê-lo à Turma, pode levá-lo para ser julgado pelo Plenário? SIM. Essa possibilidade encontra-se prevista no art. 6º, II, "c" e no art. 21, XI, do RI/STF. Para fazer isso, o Relator precisa fundamentar essa remessa? É necessário que o Relator apresente uma justificativa para que o caso seja levado ao Plenário? NÃO. É possível a remessa de habeas corpus ao Plenário do STF, pelo relator, de forma discricionária, com fundamento no art. 6º, II, "c" e no art. 21, XI, do RI/STF. STF. Plenário. HC 143333/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 11 e 12/4/2018 (Info 897).

k) HC coletivo

O STF admitiu a possibilidade de *habeas corpus* coletivo. O *habeas corpus* se presta a salvaguardar a liberdade. Assim, se o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo determinado de pessoas, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus*, individual ou coletivo. A ideia de admitir a existência de *habeas corpus* coletivo está de acordo com a tradição jurídica nacional de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico (doutrina brasileira do *habeas corpus*). Apesar de não haver uma previsão expressa no ordenamento jurídico, existem dois dispositivos legais que, indiretamente, revelam a possibilidade de *habeas corpus* coletivo. Trata-se do art. 654, § 2º e do art. 580, ambos do CPP.

O art. 654, § 2º estabelece que compete aos juízes e tribunais expedir ordem de *habeas corpus* de ofício.

O art. 580 do CPP, por sua vez, permite que a ordem concedida em determinado *habeas corpus* seja estendida para todos que se encontram na mesma situação. Assim, conclui-se que os juízes ou Tribunais podem estender para todos que se encontrem na mesma situação a ordem de *habeas corpus* concedida individualmente em favor de uma pessoa. Existem mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, exigindo do STF que prestigie remédios processuais de natureza coletiva com o objetivo de emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional.

Em 20.02.2018, a 2.ª Turma do STF, no julgamento do HC 143.641, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva de *habeas corpus* e, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP — de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de

crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2.º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo n. 186/2008 e Lei n. 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (a Lei n. 13.769/2018 positivou esse entendimento ao acrescentar o art. 318-A do CPP.

Diante da inexistência de regramento legal, o STF entendeu que se deve aplicar, por analogia, o art. 12 da Lei nº 13.300/2016, que trata sobre os legitimados para propor mandado de injunção coletivo.

Assim, possuem legitimidade para impetrar *habeas corpus* coletivo:

1) o Ministério Público;

2) o partido político com representação no Congresso Nacional;

3) a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano;

4) a Defensoria Pública. STF. 2ª Turma.HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018 (Info 891).

Obs.: O STJ confirmou decisão que mandou soltar todos os presos do país que tiveram liberdade condicionada à fiança. **No habeas corpus coletivo**, a DP do Espírito Santo sustentou que, diante do cenário de pandemia da Covid-19, deveria ser superada a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e, nos termos da Recomendação 62/2020 do CNJ, determinada a soltura imediata de todos os presos do estado que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionado ao pagamento de fiança. O ministro Sebastião Reis Júnior votou pela concessão do habeas corpus por reconhecer a plausibilidade jurídica das alegações e a flagrante ilegalidade da situação desses presos.

Conforme leciona o autor Pedro Lenza, **dentre os argumentos** fixados pelo Min. Relator Ricardo Lewandowski para o conhecimento do habeas corpus coletivo e concessão da ordem, **podem-se destacar**:

■ relações de massa exigem tutela adequada coletiva;

■ resgate histórico da "teoria brasileira do *habeas corpus*";

■ o magistrado pode conceder de ofício ordem de *habeas corpus* (art. 654, § 2.º, CPP);

■ possibilidade de extensão da ordem de *habeas corpus* (art. 580, CPP);

■ razoável duração do processo e efetividade da prestação jurisdicional;

■ aplicação analógica da lei do mandando de injunção;

■ calamidade do sistema penitenciário brasileiro: pode-se destacar o denominado "estado de coisas inconstitucional" reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 347 julgada em 04.10.23;

■ "cultura do encarceramento";

■ incapacidade do Estado brasileiro em se garantir direitos mínimos;

■ art. 227, CF/88: "cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes";

■ direitos fundamentais: diversos dispositivos da Constituição Federal podem ser lembrados, destacando-se: art. 5.º, II — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou

degradante; art. 5.º, XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; art. 5.º, XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...); art. 5.º, L — às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; art. 5.º, XLVIII — a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; art. 5.º, XLIX — é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

■ Organização das Nações Unidas: "tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio n. 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração";

■ Regras de *Bangkok*: "incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado";

■ Estatuto da Primeira Infância;

■ proteção de grupos hipossuficientes: "acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais".

Outros casos aplicados:

HC 143.988: ordem concedida para "determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões" (2.ª T., j. 24.08.2020, DJE de 04.09.2020);

HC 165.704: ordem concedida para determinar a substituição da prisão cautelar por domiciliar dos pais e responsáveis por crianças menores de 12 anos e pessoas com deficiência, desde que cumpridos os requisitos previstos no artigo 318 do CPP e outras condicionantes" (2.ª T., j. 20.10.2020);

HC 172.136: ordem concedida para assegurar a todos os detentos do país o direito à saída da cela por no mínimo 2 horas por dia para banho de sol (2.ª T., j. 10.10.2020, DJE de 01.12.2020);

HC 188.820: "por unanimidade de votos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou a liminar concedida pelo ministro Edson Fachin em que determinou a magistrados do país que reavaliem a situação de detentos do regime semiaberto e verifiquem os que podem ser beneficiados pela Recomendação 62/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objetivo de reduzir os riscos epidemiológicos e a disseminação da Covid-19 nas prisões, enquanto durar a pandemia" (liminar referendada pela 2.ª T. do STF em Sessão Virtual de 12 a 23.02.2021, DJE de 24.03.2021 — pendente o julgamento de mérito).

2. MANDADO DE SEGURANÇA

> CRFB, Art. 5º, 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;

Dessa forma, excluindo a proteção de direitos inerentes à liberdade de locomoção e ao acesso ou retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, através do mandado de segurança busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, geradores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder.

a) Previsão legal: Art. 5º, LXIX da CF/88 e Lei 12.016/09.

> Lei 12.016/09. 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.

b) Natureza Jurídica: Ação judicial de natureza residual, subsidiária, civil, cabível quando o direito líquido e certo protegido não for amparado por outros remédios constitucionais.

c) Cabimento: Proteger direito líquido e certo, não amparado por HC ou HD, 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.

Atenção aos detalhes:

- Proteção de direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade.
- Esse direito líquido e certo não é amparado por HC ou HD.

d) NÃO cabe MS:

- De ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução **=>** Se o MS for impetrado contra **omissão ilegal**, descabe a aplicação da restrição deste inciso;
- Decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- Decisão judicial transitada em julgado;

> É incabível mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, III, da Lei nº 12.016/2009 e Súmula nº 268 STF). **No entanto, se a impetração do mandado de segurança for anterior ao trânsito em julgado da decisão questionada, mesmo que venha a acontecer, posteriormente, o mérito do MS deverá ser julgado**, não podendo ser invocado o seu não cabimento ou a

perda de objeto. STJ. Corte Especial. EDcl no MS 22.157-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/03/2019 (Info 650).

- Contra lei em tese (Súmula 266-STF), salvo se produtora de efeitos concretos;
- Contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público, (art. 1º, §2º da Lei 12. 016/09);

> § 2o Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.
>
> **O STF reafirmou a constitucionalidade deste dispositivo. Veja:**
> Não cabe mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público (art. 1º, § 2º da Lei nº 12.016/2019). STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021 (Info 1021).
>
> Entenda: Trata-se de uma restrição legítima pelo fato de que os atos de gestão comercial são atos estranhos à ideia da delegação do serviço público em si. Esses atos se destinam à satisfação de interesses privados na exploração de atividade econômica, submetendo-se a regime jurídico próprio das empresas privadas,motive pelo qual não cabe mandado de segurança por força da própria previsão constitucional – que admite o ajuizamento do mandado de segurança somente contra atos praticados no desempenho de atribuições do poder publico (art. 5, LXIX, CF/88)

Caiu na prova Delegado PI/2018! Incabível o Mandado de Segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. **(ITEM CORRETO)**

- O mandado de segurança não se presta ao reexame de fatos e provas analisados pelo CNJ no processo disciplinar (Info 933);
- O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público (Súmula 604 STJ);
- Para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte (súmula 460 do STJ).

Súmula 460-STJ: É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.
Súmula 213-STJ: O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

- **STJ:** É inadequado o manejo de mandado de segurança com vistas à defesa do direito de candidato em concurso público a continuar concorrendo às vagas reservadas às pessoas pretas ou pardas, quando a comissão examinadora de heteroidentificação não confirma a sua autodeclaração (Info 745).
- **STJ:** É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese.
- **STJ:** O mandado de segurança não pode ser utilizado com o intuito de obter provimento genérico aplicável a todos os casos futuros de mesma espécie.
- **STF:** Não cabe mandado de segurança contra ato de deliberação negativa do Conselho Nacional de Justiça, por não se tratar de ato que importe a substituição ou a revisão do ato praticado por outro órgão do Judiciário. (Info 840)

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL
Para ser cabível, deve comprovar dois requisitos: 1) Inexistência de recurso adequado à impugnação da decisão judicial; 2) Demonstração de que a decisão é teratológica, por abuso de poder ou ilegalidade.

d) Direito Líquido e Certo

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, "ausente direito líquido e certo, haverá de ser extinto o mandado de segurança, sem resolução do mérito, facultando-se à parte o uso do procedimento comum." (CUNHA, 2016, p. 508).

- Só cabe MS para direito líquido e certo, demonstrado de plano.
- NÃO cabe dilação probatória no MS.

💣 **IMPORTANTE lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.**

Súmula 625 – STF - Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

Jurisprudência em Teses n. 85: A verificação da existência de direito líquido e certo, em sede de mandado de segurança, não tem sido admitida em recurso especial, pois é exigido o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em razão da súmula n. 7/STJ.

e) Legitimidade Ativa

- Pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil;
- Universalidades reconhecidas por lei;
- Órgãos públicos de grau superior, na defesa de suas prerrogativas e atribuições;
- Agentes políticos na defesa de suas atribuições e prerrogativas;
- O STF admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo.

Caiu na prova Delegado SC/2024! Determinada empresa jornalística pretende ajuizar ação judicial para obter junto à Secretaria Municipal de Educação informações sobre os processos de licitação referentes ao fornecimento de merendas às escolas do Município Beta. O acesso a tais informações fora negado de forma arbitrária à empresa. Entre os remédios constitucionais previstos pela ordem constitucional vigente, aquele cabível na situação hipotética narrada é o mandado de segurança individual. **(ITEM CORRETO)**

Caiu na prova Delegado MT/2017! Uma proposta de emenda constitucional tramita em uma das casas do Congresso Nacional, mas determinados atos do seu processo de tramitação estão incompatíveis com as disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. Nessa situação hipotética, segundo o entendimento do STF, terá legitimidade para impetrar mandado de segurança a fim de coibir os referidos atos o parlamentar federal. **(ITEM CORRETO)**

- MP, quando o ato emanar de juiz de primeiro grau de jurisdição.

> **Em mandado de segurança, a legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de direito público, sendo dispensável a intimação da autoridade coatora para fins de início da contagem do prazo recursal.** Em mandado de segurança, a autoridade coatora, embora seja parte no processo, é notificada apenas para prestar informações, cessando a sua intervenção a partir do momento que as apresenta. Tanto o é que, a legitimação processual, para recorrer da decisão, é da pessoa jurídica de direito público a que pertence o agente supostamente coator, o que significa dizer que o polo passivo no mandado de segurança é daquela pessoa jurídica de direito público a qual se vincula a autoridade apontada como coatora. Acrescente-se que, para fins de viabilizar a defesa dos interesses do ente público, faz-se necessária a intimação do representante legal da pessoa jurídica de direito público e não a da autoridade apontada como coatora. STJ. AgInt no AREsp 1.430.628-BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, por maioria, julgado em 18/08/2022. (Inf 747).
>
> **STF (Info 848):** O Tribunal de Justiça, mesmo não possuindo personalidade jurídica própria, detém legitimidade autônoma para ajuizar mandado de segurança contra ato do Governador do Estado em defesa de sua autonomia institucional. Ex:

mandado de segurança contra ato do Governador que está atrasando o repasse dos duodécimos devidos ao Poder Judiciário.

Ministério Público do Tribunal de Contas não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança mesmo que para defender suas prerrogativas institucionais. O Ministério Público de Contas não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança em face de acórdão do Tribunal de Contas perante o qual atua. STF. Plenário virtual. RE 1178617 RG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/04/2019 (repercussão geral).

Ilegitimidade ativa do MP para impetrar MS questionando decisão administrativa que reconheceu a prescrição em processo administrativo. O Procurador-Geral da República não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com o objetivo de questionar decisão que reconheça a prescrição da pretensão punitiva em processo administrativo disciplinar. A legitimidade para impetrar mandado de segurança pressupõe a titularidade do direito pretensamente lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública. O Procurador-Geral da República não tem legitimidade para a impetração, pois não é o titular do direito líquido e certo que afirmara ultrajado. Para a impetração do MS não basta a demonstração do simples interesse ou atuação como custos legis, uma vez que os direitos à ordem democrática e à ordem jurídica não são de titularidade do Ministério Público, mas de toda a sociedade. STF. 2ª Turma. MS 33736/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 21/6/2016 (Info 831).

Substituição Processual (legitimação extraordinária): O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

Ingresso de litisconsorte ativo: pode ocorrer até o despacho da petição inicial (art. 10, §2º, da Lei nº 12.016/09).

Falecimento do impetrante: É pacífico, no STF e no STJ, o entendimento de que o falecimento do impetrante pessoa natural tem o condão de extinguir o mandado de segurança, sendo incabível na via mandamental a sucessão e partes em razão da natureza personalíssima da ação. Nesse caso, ainda será possível o acesso às vias ordinárias.

Entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha sobre o falecimento após a fase de conhecimento: “Tudo indica, todavia, que a morte do impetrante somente causa a extinção sem resolução do mérito do mandado de segurança se seu falecimento se operar durante a fase de conhecimento. Caso já tenha havido sentença com trânsito em julgado, e havendo condenação ao pagamento de valores pecuniários

> (na hipótese, por exemplo, de o impetrante ostentar a condição de servidor público), é possível haver a sucessão *mortis causa* por seu espólio ou sucessores se o falecimento do impetrante ocorrer já durante a execução. Nesse caso, não haverá habilitação no mandado de segurança, mas sim num cumprimento de sentença." (CUNHA, 2016, p. 525).

f) Legitimação Passiva

É a **pessoa jurídica** a qual pertence a **autoridade coatora**, **responsável pela ilegalidade ou abuso de poder**, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

- Autoridades públicas de quaisquer poderes da União, Estados, DF e Municípios;
- Representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas;
- Dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado, desde que no exercício de atribuições do Poder Público.

> Lei 12.016/09
> 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.

Em se tratando de atribuição delegada, a autoridade coatora será o agente delegado e não a autoridade delegante -> **VIDE SÚMULA 510 STF**: Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe MS ou medida judicial.

> Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, o tema da legitimidade passiva no mandado de segurança gera divergências doutrinárias, tendo surgido três correntes sobre o tema:
> I- Primeira corrente: defende que a própria autoridade coatora deve ocupar o polo passivo da demanda, tendo em vista que é quem prestará informações e deverá cumprir a determinação judicial.
> II- Segunda corrente: considera que haverá a formação de litisconsórcio passivo entre a autoridade e a pessoa jurídica de direito público. Entretanto, essa corrente não tem aceitação jurisprudencial, já que a autoridade apenas presenta a pessoa jurídica, não constituindo parte autônoma.

III- Terceira corrente: majoritária na doutrina e na jurisprudência, defende que é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora que detém legitimidade passiva, tendo em vista que é quem suportará as consequências financeiras da demanda e contra quem será formada a coisa julgada, de modo que se a autoridade indicada for substituída, não haverá prejuízo para o processo.

STJ: As autarquias possuem autonomia administrativa, financeira e personalidade jurídica própria, distinta da entidade política à qual estão vinculadas, razão pela qual seus dirigentes têm legitimidade passiva para figurar como autoridades coatoras em ação mandamental.

TEORIA DA ENCAMPAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

Quando há indicação errônea da autoridade coatora, é possível aplicar a Teoria da encampação para sanar tal vício, desde que observados alguns requisitos:

a) Existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que ordenou a prática do ato impugnado;

b) Ausência de modificação de competência estabelecida na CF/88;

c) Defesa do mérito do litígio nas informações prestadas.

g) Liminar em mandado de segurança:

- **Da decisão que concede/nega liminar –** cabe agravo de instrumento
- **Perempção e caducidade da liminar ocorre em 2 hipóteses:**
  (1) Quando o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo
  (2) Quando o impetrante deixa de promover atos e diligências por mais de 3 dias úteis.

Art. 8o Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

- **Possibilidade de exigir fiança, caução ou depósito:**

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Esse dispositivo trata sobre a possibilidade de se conceder medida liminar em mandado de segurança.

A OAB impugnou a parte final do dispositivo. Segundo a entidade, seria inconstitucional exigir o pagamento prévio de caução, depósito ou fiança para a concessão de liminar. O STF não concordou com a autora.

No exercício do seu poder geral de cautela, o magistrado pode analisar se determinado caso específico exige caução, fiança ou depósito. A caução, fiança ou depósito, previstos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2019, configuram mera faculdade, que pode ser exercida se o magistrado entender ser necessária para assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. Não se trata, portanto, de um obstáculo ao poder geral de cautela, mas uma faculdade que vai ao encontro do art. 300, § 1º, do CPC:

> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Desse modo, é válido dizer que:

> O juiz tem a faculdade de exigir caução, fiança ou depósito para o deferimento de medida liminar em mandado de segurança, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2019). STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021. (Info 1021)

- **Vedação à concessão de liminar**

> Art. 7o § 2o Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Antigamente, entendia-se que não era possível conceder liminar em mandado de segurança para a compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

No entanto, em 2021, o STF considerou inconstitucional impedir ou condicionar a concessão de medida liminar, o que caracteriza verdadeiro obstáculo à efetiva prestação jurisdicional e à defesa do direito líquido e certo do impetrante. A Corte concluiu que:

> É inconstitucional ato normativo que vede ou condicione a concessão de medida liminar na via mandamental. STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021. (Info 1021)

Em virtude dessa decisão do STF, fica **SUPERADA** a Súmula 212 do STJ: ~~A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.~~

Obs.: nos casos em que se veda a concessão da liminar, eventual sentença que conceda o MS não poderá ser executada provisoriamente (art. 14, §3º):

> § 3o A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

h) Emenda da petição inicial

A possibilidade de correção do polo passivo do mandado de segurança gera divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Para o STJ, em regra, a indicação errônea da autoridade coatora deve acarretar a extinção do processo sem resolução de mérito, sendo vedado emendar a petição inicial. Entretanto, há decisões também do STJ que permitem a emenda da petição inicial do mandado de segurança, desde que seja possível a identificação da verdadeira autoridade coatora pela simples leitura da petição e da documentação anexada.

> **Jurisprudência em Teses n. 43 do STJ:** A indicação equivocada da autoridade coatora não implica ilegitimidade passiva nos casos em que o equívoco é facilmente perceptível e aquela erroneamente apontada pertence à mesma pessoa jurídica de direito público.

> **Jurisprudência em Teses n. 86 do STJ**: Admite-se a emenda à petição inicial de mandado de segurança para a correção de equívoco na indicação da autoridade coatora, desde que a retificação do polo passivo não implique alterar a competência judiciária e que a autoridade erroneamente indicada pertença à mesma pessoa jurídica da autoridade de fato coatora.

i) Apresentação de informações

Nos termos do art. 7º, I, da Lei nº 12.016/09, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações.

Natureza jurídica: segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, em razão da adoção do entendimento de que a autoridade coatora não é propriamente ré no mandado de segurança, suas informações não têm a natureza jurídica de contestação.

> **STJ:** A intempestividade das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora no mandado de segurança não induz à revelia, uma vez que ao impetrante incumbe demonstrar, mediante prova pré-constituída dos fatos que embasam a impetração, a ocorrência do direito líquido e certo.

No entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, não apresentadas as informações, não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo impetrante. Isso porque há presunção de legitimidade em relação ao ato administrativo eventualmente questionado, que caberá ao impetrante afastar. Dessa forma, essa presunção não será desfeita com a simples ausência de informações.

j) Prazo para impetração

Prazo: **120 dias**, a contar, em regra, da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado.

> A data do último ato administrativo reputado ilegal é o termo inicial do prazo decadencial para impetração de Mandado de Segurança com objetivo de reclassificação em concurso público em virtude de anulação de questões por decisão judicial após o encerramento do prazo de validade do certame. STJ. RMS 64.025-BA, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 04/10/2022, DJe 10/10/2022. (Info 752).

Assim, depois que uma autoridade praticar um ato ilegal ou abusivo, a pessoa prejudicada terá o prazo de até 120 dias para impugná-lo por meio de mandado de segurança. Ultrapassado este período, o interessado continua com o direito de questionar o ato, mas deverá fazer isso mediante ação ordinária.

Caso a decisão que negar a segurança não tenha apreciado o mérito, será possível impetrar um novo mandado de segurança, desde que não ultrapassado o período de 120 dias.

> Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.
>
> Art. 6º, §6º, da Lei n. 12.016/09: O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

O prazo decadencial NÃO se suspende ou interrompe. Nem mesmo o pedido de reconsideração administrativo interrompe a contagem desse prazo.

> Súmula 430-STF: Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.
>
> Súmula 632-STF: É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

Se o ato impugnado é de trato sucessivo, o prazo de 120 dias **renova-se a cada ato.**

Mandado de segurança preventivo: NÃO se pode falar em prazo decadencial para a sua impetração, pois NÃO há ato coator a marcar a contagem.

> **STF (Info 1021):** É constitucional o art. 23 da Lei nº 12.016/2009, que fixa o prazo decadencial de 120 dias para a impetração de mandado de segurança.
> STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021
>
> **STJ (Info 578):** O prazo decadencial para impetrar mandado de segurança contra redução do valor de vantagem integrante de proventos ou de remuneração de servidor público renova-se mês a mês. A redução, ao contrário da supressão de vantagem, configura relação de trato sucessivo, pois não equivale à negação do próprio fundo de direito. Assim, o prazo decadencial para se impetrar a ação mandamental renova-se mês a mês.
> - Ato que SUPRIME vantagem: é ato ÚNICO (o prazo para o MS é contado da data em que o prejudicado tomou ciência do ato).
> - Ato que REDUZ vantagem: consiste em prestação de TRATO SUCESSIVO (o prazo para o MS renova-se mês a mês).
>
> **STF (Info 884):** Se no curso de um processo administrativo federal é praticado ato contrário aos interesses da parte, o prazo de 120 dias para impetração de mandado de segurança somente se inicia quando a parte for intimada diretamente, na forma do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784/99
>
> **STF (Info 859):O STF já relativizou o prazo de 120 dias do MS em nome da segurança jurídica.** Em outubro/2004, a parte impetrou mandado de segurança no STF. O writ foi proposto depois que já havia se passado mais de 120 dias da publicação do ato impugnado. Dessa forma, o Ministro Relator deveria ter extinguido o mandado de segurança sem resolução do mérito pela decadência. Ocorre que o Ministro não se atentou para esse fato e concedeu a liminar pleiteada. Em março/2017, a 1ª Turma do STF apreciou o mandado de segurança. O que fez o Colegiado? Extinguiu o MS sem resolução do mérito em virtude da decadência? NÃO. A 1ª Turma do STF reconheceu que o MS foi impetrado fora do prazo, no entanto, como foi concedida liminar e esta perdurou por mais de 12 anos, os Ministros entenderam que deveria ser apreciado o mérito da ação, em nome da segurança jurídica. STF. 2ª Turma. MS 25097/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/3/2017 (Info 859).

k) Competência

A competência no MS é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional.

STJ: A **competência para o mandado de segurança é absoluta. No caso dos tribunais, é funcional; no caso do juízo de primeiro grau, é territorial e absoluta ou em razão da pessoa.**

Ensina Leonardo Carneiro da Cunha: "Se a autoridade coatora desempenha função estadual ou municipal, e a matéria envolvida não for trabalhista, nem eleitoral, a competência será da Justiça Estadual. Caso a autoridade exerça função federal, e, de igual modo, não haja matéria trabalhista ou eleitoral envolvida, a competência será da Justiça Federal." (CUNHA, 2016, p. 552)

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, se a competência para o julgamento do MS for do juízo de primeiro grau, tanto na Justiça Estadual como na Federal, a competência territorial será determinada pelo local em que a autoridade exerce suas funções. Caso haja vara privativa da Fazenda Pública, a competência será absoluta dentro da comarca.

- **Competência originária do STF:** MS contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.
- **Competência recursal do STF:** recurso ordinário contra decisão denegatória de mandado de segurança proferida em única instância pelos Tribunais Superiores.
- **Competência originária do STJ:** MS contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.
- **Competência recursal do STJ:** recurso ordinário contra decisão denegatória de mandado de segurança proferida em única instância por TJ ou TRF.
- **Competência originária de TRF:** MS contra ato do próprio tribunal ou de juiz federal.
- **Competência da justiça federal de 1º grau:** MS contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.
- **Competência da justiça do trabalho:** MS contra ato que envolva matéria sujeita à sua jurisdição.

TABELA DE COMPETÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA	
COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF	contra atos a) do Presidente da República, b) das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, c) do Tribunal de Contas da União, d) do Procurador-Geral da República e e) do próprio Supremo Tribunal Federal.
COMPETÊNCIA RECURSAL DO STF:	Recurso ordinário contra decisão denegatória de mandado de segurança proferida em única instância pelos Tribunais Superiores
COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ:	Contra atos a) do próprio Tribunal b) de Ministro de Estado,

	c) dos Comandantes da Marinha, d) do Exército e e) da Aeronáutica ou f) do próprio Tribunal
COMPETÊNCIA RECURSAL DO STJ:	Recurso ordinário contra decisão denegatória de mandado de segurança proferida em única instância por TJ ou TRF
COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DE TRF:	Contra ato a) do próprio tribunal b) de juiz federal
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU:	Contra ato a) de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO:	Contra ato a) que envolva matéria sujeita à sua jurisdição.

Súmula 623-STF: Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, n, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.

Súmula 624-STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais

#DDEXPLICA
O STF não dispõe de competência originária para processar e julgar MS impetrado contra ato de outros Tribunais judiciários, ainda que se trate do STJ. Compete ao próprio STJ julgar os mandados de segurança impetrados contra seus atos ou omissões.

Súmula 330-STF: O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos tribunais de justiça dos estados.

Súmula 41-STJ: O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.

#DDEXPLICA
É o mesmo sentido da Súmula 624-STF. • MS contra ato do TJ é julgado pelo próprio TJ.

Súmula 376-STJ: Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.

STJ: Mandado de segurança impetrado contra Governador do Estado, a competência, ainda que a matéria seja trabalhista, será do correspondente Tribunal de Justiça.

STF: NÃO lhe cabe julgar, originariamente, MS contra atos praticados por outros Tribunais e seus Órgãos. Os próprios Tribunais é que têm competência para julgar, originalmente, MS contra seus atos, dos respectivos presidentes, câmaras e seções.

l) *Amicus Curiae* em mandado de segurança

Amicus curiae é alguém que, mesmo sem ser parte, é chamado ou se oferece para intervir em processo relevante, em razão de sua representatividade, com o objetivo de apresentar ao Tribunal a sua opinião sobre o debate que está sendo travado nos autos, fazendo com que a discussão seja amplificada e o órgão julgador possa ter mais elementos para decidir de forma legítima.
Amicus curiae, em uma tradução literal do latim, significa "amigo da corte" ou "amigo do tribunal".
Obs.: amici curiae é o plural de amicus curiae.

- **É possível a intervenção de *amicus curiae* em um processo de mandado de segurança?** Trata-se de tema polêmico.
  - **1ª corrente: NÃO**. No processo de mandado de segurança não é admitida a intervenção de terceiros nem mesmo no caso de assistência simples. Se fosse admitida a intervenção do amicus curiae, isso poderia comprometer a celeridade do mandado de segurança (STF. 1ª Turma. MS 29192/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/8/2014. Info 755).

O rito procedimental do mandado de segurança é incompatível com a intervenção de terceiros, conforme se extrai do art. 24 da Lei nº 12.016/09, ainda que na modalidade de assistência litisconsorcial.
STJ. 1ª Seção. AgInt na PET no MS 23.310/DF, Rel. Min. Aussete Magalhães, julgado em 28/04/2020. STF. 2ª Turma. RExt-AgR-ED 1.046.278/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 06/11/2020.

No mesmo sentido: decisão monocrática do Min. Luiz Fux: "Tradicionalmente não se admite a figura do amicus curiae na via do mandado de segurança, tendo em vista o caráter personalíssimo da ação e a exigência de celeridade intrínsecos ao

writ" (STF. Decisão monocrática. MS 34196, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/05/2018).

- **2ª corrente: SIM.** A doutrina defende que, com o novo CPC, é possível a intervenção de amicus curiae em processo de mandado de segurança (Enunciado nº 249 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

No mesmo sentido:
- STF. Decisão monocrática. MS 32451, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/06/2017.
- STF. Decisão monocrática. MS 35785, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/03/2020.

m) Reexame necessário:

Art. 14, §1º, da Lei n. 12.016/09: Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

STJ: As hipóteses de dispensa de remessa necessária previstas no art. 496 do CPC NÃO se aplicam ao mandado de segurança, em razão da especialidade da norma contida na Lei n. 12.016/09.

Obs.: O entendimento exposto acima foi firmado em relação ao CPC/73 e em relação à Lei n. 1.533/51, que regia o MS. Contudo, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, a doutrina majoritária considera que o entendimento se manterá inalterado em face do novo CPC e da Lei n. 12.016/09.

n) Recursos

Agravo de instrumento: cabível da decisão que conceder ou denegar a liminar;
Apelação: Indeferimento da inicial pelo juiz, e da sentença que concede ou denega o mandado.

Art. 14, §2º, da Lei n. 12.016/09: Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

OBS: O MS admite desistência em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente do consentimento do impetrado, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado.

STJ (Info 533): O impetrante pode desistir de mandado de segurança sem a anuência do impetrado mesmo após a prolação da sentença de mérito.

O entendimento acima parecia consolidado. Ocorre que, em um caso concreto noticiado no Informativo 781, **o STF afirmou que não é cabível a desistência de mandado de segurança**, nas hipóteses em que se discute a exigibilidade de concurso público para delegação de serventias extrajudiciais, **quando na espécie já**

> **houver sido proferida decisão de mérito, objeto de sucessivos recursos**. No caso concreto, o pedido de desistência do MS foi formulado após o impetrante ter interposto vários recursos sucessivos (embargos de declaração e agravos regimentais), todos eles julgados improvidos. Dessa forma, o Ministro Relator entendeu que tudo levaria a crer que o objetivo do impetrante ao desistir seria o de evitar o fim da discussão com a constituição de coisa julgada. Com isso, ele poderia propor uma ação ordinária em 1ª instância e, assim, perpetuar a controvérsia, ganhando tempo antes do desfecho definitivo contrário. Assim, com base nessas peculiaridades, a 2ª Turma do STF indeferiu o pedido de desistência. STF. 2ª Turma. MS 29093 ED-ED-AgR/DF, MS 29129 ED-ED-AgR/DF, MS 29189 ED-ED-AgR/DF, MS 29128 ED-ED-AgR/DF, MS 29130 ED-ED-AgR/DF, MS 29186 ED-ED-AgR/DF, MS 29101 ED-ED-AgR/DF, MS 29146 ED-ED-AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgados em 14/4/2015 (Info 781).

o) MS COLETIVO - Art. 5º, LXX da CF e art. 21 da Lei 12.016/09

Com o mandado de segurança coletivo, visa-se a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (campo residual), contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação (preventivo) ou reparação (repressivo) de interesses transindividuais, sejam os individuais homogêneos, sejam coletivos.

> Art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
> a) partido político com representação no Congresso Nacional;
> 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;
>
> Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Pode ser impetrado:

- **Partido político com representação no CN, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.**
  Obs.1: Basta 1 único representante na CD ou SF, filiado ao partido.

Obs.2: STJ vem entendendo que PP somente poderá impetrar MS coletivo para a defesa de seus filiados e em questões políticas, ou seja, criou uma pertinência temática. Contudo, frisa-se que parte da doutrina (por todos o autor Pedro Lenza), discorda, pois burla o objetivo maior de defesa da sociedade, já que o constituinte originário não previu outra limitação à atuação dos partidos políticos a não ser a representação no Congresso Nacional. Conforme estabelece o art. 21 da Lei n. 12.016/2009 o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes; ou à finalidade partidária.

- **Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 01 ano,** em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensadas, para tanto, autorização especial.

Requisitos a serem preenchidos:

1. **estar legalmente constituída***:* organizações sindicais, entidades de classe e associações;
2. **estar em funcionamento há pelo menos 1 ano** -é exclusivo das associações;
3. **atuar na defesa dos interesses dos seus membros associados**: pertinência temática estabelecida pela CF entre o objeto do MS e os objetivos institucionais as organizações sindicais, entidades de classe e associações.

A legitimidade é extraordinária, sendo o caso de **substituição processual**, razão pela qual **NÃO se exige autorização expressa dos titulares do direito.**

> Súmula 629/STF - A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes
>
> Súmula 630/STF - A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.
>
> **Não se aplica às associações genéricas** — que não representam qualquer categoria econômica ou profissional específica — **a tese firmada no Tema 1.119 da sistemática da repercussão geral**, **sendo insuficiente a mera regularidade registral da entidade para sua atuação em sede de mandado de segurança coletivo**, pois passível de causar prejuízo aos interesses dos beneficiários supostamente defendidos (Info 1082, STF).

Os direitos protegidos pelo MS podem ser:

- **Coletivos;**
- **Individuais homogêneos.**

> art. 21, § único da Lei de MS.

> 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.

Os direitos defendidos por organização sindical NÃO precisam ser o mesmo direito para todos os seus membros, podendo ser um direito de apenas parte dos membros da entidade.

Caiu na prova Delegado/MG 2021! (adaptada) Centenas de delegados civis do Estado ZW reuniram-se na sede do Sindicato dos Delegados local, representante dos interesses dessa categoria. O sindicato está legalmente constituído e em funcionamento há três anos. Depois de longo período sem reajustes na sua remuneração, em assembleia geral convocada especialmente para deliberar a respeito das medidas a serem adotadas pelos sindicalizados, decidiram adotar providências concernentes a manifestações de rua, em frente à Assembleia Legislativa, de maneira pacífica e organizada. Ao ser comunicado sobre as reuniões acima, o Governador de Estado respondeu ao Sindicato dos Delegados que as estava indeferindo, dando ordem expressa para que elas não fossem realizadas. Dentre os remédios constitucionais abaixo, o adequado à iniciativa do Sindicato, para assegurar os direitos dos filiados, sem necessidade de dilação e instrução probatórias, é mandado de segurança coletivo. **(ITEM CORRETO)**

➔ **ATENÇÃO! MUDANÇA DE ENTENDIMENTO!**

Antigamente, no mandado de segurança coletivo impetrado contra autoridade vinculada à pessoa jurídica de direito público, a liminar só poderá ser concedida após audiência do representante judicial da pessoa jurídica, que deveria se pronunciar no prazo de 72 horas.

No entanto, em 2021, o STF julgou inconstitucional a exigência de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo, por considerar que a disposição restringe o poder geral de cautela do magistrado. Conforme argumentou o Min. Marco Aurélio:

> "O preceito contraria o sistema judicial alusivo à tutela de urgência. Se esta surge cabível no caso concreto, é impertinente, sob pena de risco do perecimento do direito, estabelecer contraditório ouvindo-se, antes de qualquer providência, o patrono da pessoa jurídica. Conflita com o acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito. Tenho como inconstitucional o artigo 22, § 2º, da Lei nº 12.016/2009."

> Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. (Vide ADIN 4296)
> § 2o No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

p) Considerações gerais sobre MS:

- Prazo decadencial: 120 dias
- Não há dilação probatória
- Há reexame necessário
- Tanto a autoridade coatora como a pessoa jurídica devem ser indicadas na petição inicial
- Do indeferimento da petição inicial – cabe apelação
- Da decisão que concede/nega MS – cabe apelação
- Da decisão que concede/nega liminar – cabe agravo de instrumento
- Não cabe intervenção de terceiros no MS
- Não cabe embargos infringentes no MS
- Não cabe pagamento de honorários advocatícios no MS (salvo comprovada a má-fé)
- Não cabe ingresso de litisconsórcio ativo após o despacho da petição inicial
- Oitiva do MP em 10 dias
- Tem prioridade na tramitação, salvo HC.

Súmulas importantes sobre mandado de segurança:

> 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.
> Súmula 333-STJ: Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.
> Súmula 429-STF: A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.
> Súmula 474-STF: Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.
> Súmula 604-STJ: O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.
> Súmula 626-STF: A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Súmula 631-STF: Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

Caiu na prova Delegado BA/2022! A Lei nº 12.016/2009 disciplina o mandado de segurança. De acordo com a mencionada lei, o presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. **(ITEM CORRETO)**

3. MANDADO DE INJUNÇÃO[5]

a) Introdução

Trata-se de remédio constitucional, assim como o mandado de segurança coletivo e o habeas data, introduzido pelo Poder Constituinte Originário de 1988.

A Lei nº 13.300/16 disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo.

> Art. 5º, LXXI, CF/88 - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
>
> Art. 2º, Lei 13.300/2016 - Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Remédio à disposição de qualquer um que se sinta prejudicado pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais. => Caso de inércia governamental ("violação negativa do texto constitucional").

Ensina Dirley da Cunha Jr.:

> O objetivo do PCO ao criar o MI e a ADO foi **introduzir mecanismos capazes de combater a inefetividade de normas constitucionais**, impedindo que a inação dos órgãos incumbidos do dever de normativização venha a obstar o auferimento dos direitos pelos destinatários da norma constitucional. Enquanto o MI é uma ação constitucional de garantia individual concebido como instrumento de controle concreto de constitucionalidade da omissão voltado à defesa de direitos subjetivos, a ADO é uma ação constitucional de garantia da Constituição, um instrumento de

[5]Para aprofundamento, sugerimos: http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html

controle abstrato de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da CF.

Assim, conclui-se:

(1) Trata-se de instrumento para combater a **Síndrome de Inefetividade das Normas Constitucionais**. Ao lado da ADO, atacam a inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, ante a ausência de lei infraconstitucional integrativa para propiciar à norma constitucional a produção de todos os seus efeitos.

IMPORTANTE
Conforme ensina o professor Pedro Lenza, trata-se, portanto, de **normas constitucionais de eficácia limitada, aplicabilidade mediata e reduzida,** dividindo-se em dois grupos: **a)** normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos: normalmente criam órgãos (arts. 91, 125, § 3.º, 131...); **b)** normas declaratórias de princípios programáticos: veiculam programas a serem implementados pelo Estado (ex.: arts. 196, 215, 218, *caput*...).

(2) Trata-se de instrumento de controle concreto/incidental das inconstitucionalidades por omissão, sendo voltado, portanto, para a tutela dos direitos subjetivos, garantia individual.

(3) Pressuposto: inviabilização dos exercícios de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, pela ausência da norma regulamentadora.

Vamos esquematizar?

	Mandado de Injunção	**ADO**
Legitimação	Intentado por qualquer pessoa física ou jurídica, que se veja impossibilitada de exercer determinado direito constitucional.	Legitimação restrita aos entes do art. 103 CF.
Objeto	Busca-se solução para o caso concreto, individualmente considerado, diante da inércia do legislador. -**ação constitucional de garantia individual.**	O controle da omissão é realizado em tese, sem a necessidade de estar configurada uma violação concreta a um direito individual. -**ação constitucional de garantia da Constituição.**

Julgamento	STF, STJ, TSE, etc. (controle difuso)	STF (controle concentrado)

IMPORTANTE

Dirley da Cunha Júnior observa que "o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. **Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição**".

b) Cabimento

Partindo do texto constitucional, o art. 2.º da Lei n. 13.300/2016 estabelece que será concedido mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora **torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania**. A omissão é total quando a inércia é absoluta, ou seja, o preceito constitucional de eficácia limitada não foi disciplinado. Por sua vez, considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Exemplos:

Omissão Total	Omissão Parcial
- art. 37, VII, da CF/88, que assegura o direito de greve ao servidor público, a ser exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.	- art. 7.º, IV, que assegura o direito ao salário mínimo.

Em outras palavras: haverá MI quando a existência de direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania, cidadania, cujo exercício seja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Note que **NÃO é qualquer omissão do Poder Público que enseja o ajuizamento do MI**, **mas apenas as omissões relacionadas às normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório**, ou seja, normas constitucionais que devem ter a sua plena aplicabilidade assegurada.

Portanto, normas constitucionais definidoras de princípios institutivos ou organizativos de natureza facultativa, por outorgarem mera faculdade ao legislador, NÃO autorizam o ajuizamento do MI.

STF determinou, em julgamento de mandado de injunção, que o governo federal implemente, a partir de 2022, o programa de renda básica de cidadania, previsto na Lei nº 10.835/2004. A Lei nº 10.835/2004 instituiu um programa denominado "renda básica de cidadania". Segundo esse programa, todas as pessoas residentes no Brasil, não importando a sua condição socioeconômica, deverão receber um benefício cujo valor deve ser fixado pelo Poder Executivo. O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde. Como esse programa ainda não havia sido implementado, em 2020 o Defensor Público-Geral Federal ajuizou mandado de injunção contra o Presidente da República. O STF decidiu que, como está presente estado de mora inconstitucional, deve ser fixado o valor da renda básica de cidadania para o estrato da população brasileira em condição de vulnerabilidade socioeconômica — pobreza e extrema pobreza — a ser efetivado, pelo Presidente da República, no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento de mérito (2022). STF. Plenário. MI 7300/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/4/2021. (Info 1014)

Explicação Via Dizer o Direito:
Cabe mandado de injunção, neste caso? Ele pode ser impetrado contra o Presidente da República?
SIM. Cabe mandado de injunção em face da ausência de fixação do valor da renda básica de cidadania, instituída pela Lei nº 10.835/2004, cuja omissão é atribuída ao Presidente da República.
A ausência de fixação do valor é forma de esvaziar o mandamento constitucional de combate à pobreza, além de fazer letra morta ao disposto no referido diploma legal.

Vale ressaltar, no entanto, que o mandado de injunção foi conhecido apenas quanto ao benefício para as pessoas em situação de vulnerabilidade
Como vimos acima, esse benefício deveria ser pago a todas as pessoas residentes no Brasil, independentemente da sua condição socioeconômica. Assim, pela lei, mesmo que a pessoa seja milionária, ela teria direito de receber o benefício em valor igual a uma pessoa miserável.

O STF afirmou que esse mandado de injunção ajuizado pelo Defensor Público-Geral deveria ser parcialmente conhecido. Para o STF, o mandado de injunção somente deveria ser conhecido no que tange à implementação do benefício para pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Em outras palavras, o STF afirmou que só iria analisar e determinar providências para garantir o benefício em favor das pessoas em vulnerabilidade socioeconômica. Qual foi o argumento jurídico do STF para isso?

Um dos objetivos da República brasileira é "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III, da CF/88), cuja determinação é repassada a todos os níveis da Federação (art. 23, X), com auxílio da sociedade.

A assistência aos desamparados é direito social básico (art. 6º). Assim, existem direitos constitucionais das pessoas em situação de vulnerabilidade que não estão sendo desempenhados pela falta da norma regulamentadora. Esse direito, contudo, não existe para as pessoas com boa situação econômica. Não se pode extrair, da Constituição Federal, o dever do Estado de pagar um benefício social para as pessoas com boa situação econômica. O Estado não pode ser segurador universal e distribuir renda a todos os brasileiros, independentemente de critério socioeconômico. Na CF/88, não há qualquer determinação de atuação estatal nesse sentido.

c) Descabimento

- Diante de falta de norma regulamentadora de direito previsto em normas infraconstitucionais => o MI se destina a falta de normas regulamentadoras na CF;
- Diante da falta de regulamentação dos efeitos de MP não convertida em lei pelo CN;
- Se a CF outorga mera faculdade do legislador para regulamentar direito previsto em algum de seus dispositivos.

STF: entende não haver interesse processual para o ajuizamento de MI quanto à aposentadoria especial dos servidores públicos, em razão de já ter sido pacificado o entendimento em Súmula Vinculante (SV 33). Cabível, portanto, reclamação constitucional, e não MI.

STF: A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a edição do diploma reclamado pela Constituição leva à perda de objeto do mandado de injunção. Excede os limites da via eleita a pretensão de sanar a alegada lacuna normativa do período pretérito à edição da lei regulamentadora.

d) Considerações importantes sobre o MI

- Instrumento de controle difuso/incidental
- Introduzido na CF/88
- Exige a falta de norma de eficácia limitada e caráter impositivo
- A omissão combatida pode ser total ou parcial
- Não é gratuito
- Exige advogado
- O indeferimento por ausência de provas não impede novo MI lastreado em novas provas

- A edição da norma regulamentadora objeto do MI acarreta a perda do objeto do MI
- A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente
- Da decisão de relator que indeferir a petição inicial, prescreve a lei, caberá agravo, em 5 dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração
- Não admite medida liminar **

** STF: É incabível a concessão de medida liminar em MI, uma vez que esse instituto se destina à verificação da ocorrência, ou não, de mora da autoridade ou do Poder de que depende a elaboração da norma regulamentadora do texto constitucional.

e) Legitimação para o MI individual

- Polo Ativo: Qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, que se veja impossibilitada de exercer o seu direito.
- Polo Passivo: Órgãos ou autoridades públicas que têm obrigação de legislar, mas estejam omissos quanto à elaboração de norma regulamentadora, inclusive o Presidente da República, no tocante às competências exclusivas do art. 61, CF/88).

Obs.1: Para o conhecimento do MI, o impetrante deve comprovar a titularidade direta do direito constitucional em questão.

Obs.2: Em caso de normas de iniciativa reservada, o MI deverá ser impetrado também em face do titular da referida iniciativa reservada (ex. iniciativa reservada do Presidente da República), pois é ele quem deverá deflagrar o processo legislativo, não podendo o CN atuar sem a sua provocação.

Obs.3: Para o STF, os particulares – ainda que estejam se beneficiando pela falta da norma regulamentadora, NÃO se revestem de legitimidade passiva *ad causam* para o processo em MI, pois somente ao Poder Público é imputável o dever constitucional de produção legislativa para dar efetividade aos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

E pessoa jurídica de direito público, pode impetrar o MI?

Conforme o autor Pedro Lenza, nesta hipótese da pergunta, a pessoa jurídica de direito público impetraria o MI em seu próprio nome e tendo por fundamento a falta de norma da Constituição que inviabilize, para a entidade de direito público, o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Embora exista decisão não admitindo a legitimação ativa da pessoa jurídica de direito público para a impetração do MI (MI 537/SC, DJ de 11.09.2001), o STF parece ter superado esse entendimento anterior, nos termos do MI 725.

e) Competência:

As regras de competência para impetrar o mandado de injunção são disciplinadas na própria Constituição Federal e variam de acordo com o órgão ou a autoridade responsável pela **edição da norma regulamentadora**. Confira:

COMPETÊNCIA	Quando a atribuição para elaborar a norma (poder de iniciativa) for do(a)
STF (ART. 102, I, "Q")	• Presidente da República • Congresso Nacional • Câmara dos Deputados • Senado Federal • Mesas da Câmara ou do Senado • Tribunal de Contas da União • Tribunais Superiores • Supremo Tribunal Federal.
STJ (ART. 105, I, "H")	**órgão, entidade ou autoridade federal**, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.
JUÍZES E TRIBUNAIS DA JUSTIÇA MILITAR, JUSTIÇA ELEITORAL, JUSTIÇA DO TRABALHO	órgão, entidade ou autoridade federal nos **assuntos de sua competência**.
JUÍZES FEDERAIS E TRFS	**órgão, entidade ou autoridade federal**, se não for assunto das demais "Justiças" e desde que não seja autoridade sujeita à competência do STJ. Ex.: compete à Justiça Federal julgar MI em que se alega omissão do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) na edição de norma de trânsito que seria de sua atribuição (STJ MI 193/DF).
JUÍZES ESTADUAIS E TJS	**órgão, entidade ou autoridade estadual**, na forma como disciplinada pelas **Constituições estaduais**.

f) Correntes acerca dos efeitos da decisão do Judiciário em MI:

Antes da edição da Lei 13.300/06, havia muita controvérsia na doutrina e jurisprudência a respeito dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção. De forma bem sucinta:

a) **Corrente não concretista –** a decisão em MI apenas podia declarar em mora o legislador, não podendo concretizar o direito cujo gozo encontrava-se impedido em apreço a separação de poderes. (STF já adotou essa posição há muitos anos, até 2007).
b) **Corrente concretista –** a decisão em MI deve ir além da declaração em mora do legislador, sob pena de tornar o remédio constitucional inócuo. A decisão em MI deve concretizar o direito discutido na

ação, através da edição de norma aplicável ao caso. (Posição da doutrina majoritária e o STF desde 2007 até os dias atuais).

Além disso, havia discussão sobre o alcance dos efeitos da decisão: seria limitado às partes do processo – *inter partes* - ou alcançaria todos com eficácia *erga omnes*?

A lei 13.300/16 disciplinou o tema, estabelecendo que:

> I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
> II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
> Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

1. O órgão julgador determina prazo razoável para que o ente em mora supra a falta normativa.
2. Se ultrapassado prazo estabelecido sem a edição da norma regulamentadora, o órgão julgador irá suprir a falta normativa estabelecendo "*as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los.*"

A doutrina diz que a Lei 13.300/2016 optou por adotar uma **posição concretista intermediária**, isto é: ao julgar procedente o mandado de injunção, o Judiciário, antes de viabilizar o direito, deverá dar uma oportunidade ao órgão omisso para que este possa elaborar a norma regulamentadora. Assim, a decisão judicial fixa um prazo para que o Poder, órgão, entidade ou autoridade edite a norma que está faltando. Caso esta determinação não seja cumprida no prazo estipulado, aí sim o Poder Judiciário poderá viabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa.

➢ Assim, como regra, pela posição concretista intermediária, individual ou coletiva, autorizando a lei a adoção da posição concretista intermediária geral.

Mas não pode esquecer o § único do art. 8º! A lei dispensa a exigência de prévia fixação de prazo razoável para a edição da norma regulamentadora nos casos em que ficar comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. Essa exceção se filia à **tese concretista direta**:

* **Corrente concretista direta:** o Judiciário deverá implementar uma solução para viabilizar o direito do autor e isso deverá ocorrer imediatamente (diretamente), não sendo necessária nenhuma outra providência, a não ser a publicação do dispositivo da decisão.

CORRENTE CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA	CORRENTE CONCRETISTA DIRETA
O judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, antes de viabilizar o direito, deverá dar uma oportunidade ao órgão omisso para que este possa elaborar a norma regulamentadora.	O Judiciário deverá implementar uma solução para viabilizar o direito do autor e isso deverá ocorrer imediatamente (diretamente), não sendo necessária nenhuma outra providência, a não ser a publicação do dispositivo da decisão.
É aplicada como regra	É aplicada excepcionalmente

Por fim, o art. 9º da Lei disciplina os efeitos subjetivos da decisão que concede o mandado de injunção.

- Efeitos subjetivos = quem deve ser atingido pelos efeitos dessa decisão?

> Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.
> § 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.
> § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.
> § 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Como regra geral, a eficácia subjetiva da decisão está limitada às partes (*inter partes)* e somente produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. É o que a doutrina denomina de eficácia individual.

Excepcionalmente, a eficácia subjetiva da decisão poderá ser ultra partes ou *erga omnes*, quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. A doutrina chama de eficácia geral.

CORRENTE CONCRETISTA GERAL	CORRENTE CONCRETISTA INDIVIDUAL
Determina a **aplicação analógica de outro diploma legislativo a todas as situações omissas** até que o órgão omisso regulamente a situação. Ex.: Em face da inexistência de regra regulamentando o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, o STF determinou a	O tribunal edita a norma do caso concreto, determinando a aplicação de um parâmetro legal exclusivamente para aquele caso submetido a juízo, com **efeitos *inter partes*** Ex.: Quanto à aposentadoria especial do servidor que trabalha em atividade de risco, em face da ausência de lei regulamentadora, o STF tem determinado a aplicação, **em cada**

aplicação analógica da lei de greves da iniciativa privada com **efeitos *erga omnes***.	**caso concreto**, da lei geral de benefícios da previdência social.

Vamos esquematizar?

	CONTEÚDO DA DECISÃO	EFEITOS SUBJETIVOS DA DECISÃO
REGRA	Adoção da tese **concretista intermediária** 1. O órgão julgador determina prazo razoável para que o ente em mora supra a falta normativa. 2. Se ultrapassado prazo estabelecido sem a edição da norma regulamentadora, o órgão julgador irá suprir a falta normativa estabelecendo "as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los	Adoção da tese da **eficácia individual** A eficácia subjetiva da decisão está limitada às partes (*inter partes)* e somente produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.
EXCEÇÃO	Adoção da tese concretista direta (art. 8º, § único) O Judiciário deverá implementar uma solução para viabilizar o direito do autor e isso deverá ocorrer imediatamente (diretamente), não sendo necessária nenhuma outra providência, a não ser a publicação do dispositivo da decisão.	Adoção da tese da eficácia geral A eficácia subjetiva da decisão poderá ser ultra partes ou erga omnes, quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

g) MI coletivo

Embora não haja previsão na CF, cabe o MI coletivo, nos mesmos termos do MS coletivo. Inclusive, a própria Lei 13.300/2016 regula os termos do MI coletivo a partir do artigo 12 e seguintes.

Caiu na prova Delegado AC/2017! O mandado de injunção pode ser ajuizado coletivamente, embora inexista previsão expressa na CRFB/88. **(ITEM CORRETO)**

No MI coletivo, os direitos, liberdades e prerrogativas protegidos são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Dessa forma, deve ser proposto por legitimados previstos na Lei, em nome próprio, mas **defendendo interesses alheios**. São legitimados para impetrar MI coletivo:

> Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
> I - pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
> II - por **PARTIDO POLÍTICO COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL**, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
> III - por **ORGANIZAÇÃO SINDICAL**, **ENTIDADE DE CLASSE** ou **ASSOCIAÇÃO legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano**, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
> IV - pela **DEFENSORIA PÚBLICA**, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .
>
> Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Observa-se, portanto, que a LMI (art. 12, I a IV) amplia a previsão dos legitimados ativos para a promoção do mandado de injunção coletivo em comparação à legislação que disciplina o mandado de segurança coletivo (art. 21 da Lei n. 12.016/2009), em relação ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Obs.1: Conforme entendimento do STF, não cabe a impetração de mandado de injunção coletivo para proceder à revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos.

> "Independentemente da atuação do Poder Legislativo Estadual, é perceptível que não se está diante da possibilidade de cabimento do mandado de injunção, porque o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou quanto à impossibilidade da referida impetração para proceder a revisão geral anual: "Agravo regimental em mandado de injunção coletivo. 2. Art. 37, X, da Constituição Federal. 3. Não cabe mandado de injunção para proceder à revisão geral anual. Precedentes. 4. Agravo a que se nega provimento." (MI 4265 AgR/DF, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 30/04/2014, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação 02/06/14)

Obs.2: A coisa julgada gerará efeitos apenas em relação aos substituídos pelo legitimado coletivo. Contudo, também é possível a concessão de efeitos *erga omnes* na mesma situação tratada acima, ou seja, desde que seja inerente ou indispensável ao exercício do direito ou liberdade.

Obs.3: O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

> Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará **coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos** pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.
>
> **Parágrafo único.** O mandado de injunção coletivo **não induz litispendência em relação aos individuais**, mas os **efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias** a contar da **ciência comprovada da impetração coletiva**.

Sobre o tema, confira a dica da Professora Thaianne:

https://youtu.be/EHI3tOCeYK4

4. *HABEAS DATA*

a) Previsão normativa: Art. 5º, LXXII e Lei 9507/97

> LXXII - conceder-se-á *habeas data*:
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
> b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

b) Hipóteses de concessão do *habeas data*: O HD poderá ser impetrado:

1) Para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
2) Para retificação desses dados, quando não se prefira fazer por meio sigiloso, judicial ou administrativo;
3) Para anotação nos assentamentos do interessado de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

> Art. 7° Conceder-se-á *habeas data*:
> I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
> II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
> III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

> **STJ:** Só pode pedir a retificação de dados o sujeito que tem conhecimento desses dados. Portanto, não cabe cumular pedidos de prestação de informações e correções de dados.

> **STF:** O HD NÃO é instrumento jurídico adequado para pleitear o acesso a autos de processos administrativos. Neste caso, utiliza-se o mandado de segurança em caso de evidente direito líquido e certo. STF - HD: 90 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 25/05/2009, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 29/05/2009 PUBLIC 01/06/2009.

Obs.1: Possibilidade de se obter dados do contribuinte que constem dos sistemas dos órgãos fazendários

> O *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais. No caso concreto, o STF reconheceu que o contribuinte pode ajuizar habeas data para ter acesso às informações relacionadas consigo e que estejam presentes no sistema SINCOR da Receita Federal. O SINCOR (Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica) é um banco de dados da Receita Federal no qual ela armazena as informações sobre os débitos e créditos dos contribuintes pessoas jurídicas. A decisão foi tomada com base no SINCOR, mas seu raciocínio poderá ser aplicado para outros bancos de dados mantidos pelos órgãos

fazendários. STF. Plenário. RE 673707/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/6/2015 (repercussão geral) (Info 790).

Obs.2: Cuidado para não confundir o *habeas data* com o direito geral de informação, protegido por mandado de segurança e previsto no inc. XXXIII da CF/88. Veja:

DIREITO GERAL DE INFORMAÇÃO	REQUERIMENTO PARA ACESSO À INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO IMPETRANTE
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado	LXXII - conceder-se-á *habeas data:* a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; **#Dica DD:** Aqui, não são informações de interesse da pessoa impetrante, mas sim relativas ao impetrante!
Protegido por mandado de segurança	Protegido por *habeas data*

Obs.3: "O *habeas data* também não pode ser confundido com o direito à obtenção de certidões em repartições públicas. Ao pleitear certidão, o solicitante deve demonstrar que o faz para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5.º, XXXIV, 'b'). No *habeas data* basta o simples desejo de conhecer as informações relativas à sua pessoa, independentemente da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos".

c) Legitimidade ativa:

Pode ser ajuizado por qualquer pessoa física, brasileira ou estrangeira, bem como por pessoa jurídica e órgãos despersonalizados.

Trata-se de uma ação personalíssima, que só pode ser ajuizada pelo titular do direito, salvo se houver a morte do agente, hipótese em que poderá ser impetrado, excepcionalmente, pelo cônjuge e herdeiros.

d) Legitimidade passiva: Depende da natureza jurídica do registro ou do banco de dados.

- Registro ou banco de dados de entidade governamental: PJ integrante da administração pública.
- Registro ou banco de dados de entidade de caráter público: é entidade privada.

e) Jurisdição condicionada

O HD é um processo de jurisdição condicionada. Isso porque, para impetrá-lo, deve ter ocorrido o prévio requerimento administrativo e a negativa ou omissão pela autoridade administrativa. (Trata-se de uma "exceção" ao princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Súmula 2-STJ: Não cabe o habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa

Lei 9507/97. Art. 8° A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:
I - **da recusa** ao acesso às informações ou do **decurso de mais de dez dias sem decisão**;
II - **da recusa** em fazer-se a retificação ou do **decurso de mais de quinze dias**, **sem decisão**; ou
III - **da recusa** em fazer-se a anotação a que se refere o § 2° do art. 4° ou do **decurso de mais de quinze dias sem decisão.**

f) Características gerais do HD

✓ Procedimento gratuito e não há ônus de sucumbência, mas se exige advogado para impetrar HD.

Caiu na prova Delegado BA/2018! A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, disciplina o rito processual do habeas data, nos seguintes termos: o impetrante fará jus à gratuidade de Justiça, tendo ou não recursos financeiros para arcar com as custas e as despesas processuais. **(ITEM CORRETO)**

✓ Tem prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto HC e MS.

✓ NÃO se sujeita a prazo prescricional ou decadencial.

✓ O pedido do HC pode ser renovado caso a decisão denegatória não tenha apreciado o mérito.

✓ A lei não fala em medida liminar, mas a doutrina vem entendendo pela admissibilidade.

✓ Não cabe reexame necessário.

✓ Não admite atividade probatória.

g) Prazos na lei:

- **Requerimento**: art. 2º
  - 48 h para decidir o requerimento;
  - 24h para comunicar a decisão ao requerente;

- **Haverá omissão da autoridade quando não se manifestar**: art. 8º, §único
  - Pedido de acesso aos dados: 10 dias
  - Pedido de retificação de dados: 15 dias.
  - Pedido de complementação de dados: 15 dias.

- **Após despachar a inicial:** art. 9º e 12º
  - Juiz comunica à autoridade coatora para apresentar informações que julgue necessárias em 10 dias

- Transcorridos esses 10 dias, o juiz deverá ouvir o MP em 5 dias
- Juiz deve decidir em 5 dias

h) Recursos

- Do despacho que indeferir liminarmente a petição inicial – apelação
- Da decisão que conceder ou negar o HD – apelação

> Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, quando não for o caso de habeas data, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos nesta Lei.
> Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso previsto no art. 15.
>
> Art. 15. Da sentença que conceder ou negar o habeas data cabe apelação.
> Parágrafo único. Quando a sentença conceder o habeas data, o recurso terá efeito meramente devolutivo.

i) Competência:

- Art. 102, I, d: STF possui competência originária para processar e julgar HD contra atos do Presidente da República, das Mesas da CD e do SF, do TCU, do PGR e do próprio STF.
- Art. 102, II, a: STF julga em recurso ordinário o HD decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.
- Art. 105, I, b: STJ processa e julga originariamente *habeas data* contra ato do Ministro de Estado, Comandantes das Forças Armadas ou do próprio tribunal.
- Art. 108, I, c: TRFs processam e julgam *habeas data* contra ato do próprio tribunal e ou dos juízes federais.
- Art. 109, VIII: juízes federais processam e julgam *habeas data* contra ato de autoridade federal.
- Art. 121, §4º, V: TSE processa e julga em grau de recurso *habeas data* denegado pelo TRE.
- Art. 125, §1º: no plano estadual, a competência será definida pela Constituição Estadual.

Caiu na prova Delegado/RO 2022! O habeas data não pode ser utilizado para obtenção de cópia de processo administrativo. **(ITEM CORRETO)**

5. AÇÃO POPULAR (LEI Nº 4.717/65)

> CRFB, Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência
>
> Lei 4717/65

> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A doutrina entende que a ação popular vigorou no período imperial e no início da República, durante a vigência das Ordenações do Reino. Para alguns, a Constituição de 1824 já consagrava a ação. Com o advento do CC de 1916, a doutrina majoritária passou a entender que o ordenamento jurídico não mais admitia a ação popular.

A ação popular foi incluída expressamente na Constituição de 1934 e foi suprimida na Constituição de 1937, tendo sido restabelecida na de 1946 e mantida nas seguintes.

As normas sobre a ação popular limitavam sua utilização para a tutela do patrimônio público material. Com a lei 6.513/77 e a CF/88, o objeto da ação foi ampliado para incluir os bens imateriais que fazem parte do patrimônio público (meio ambiente, moralidade administrativa e patrimônio histórico/cultural).

NÃO é destinada à defesa de interesse subjetivo individual, mas de natureza coletiva, para anular ato lesivo ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

Assim, pode-se extrair os seguintes requisitos: Deve haver lesividade aos direitos difusos específicos elencados:

1. Ato lesivo ao patrimônio público;
2. Ato lesivo ao patrimônio de entidade de que o Estado participe;
3. Ato lesivo à moralidade administrativa;
4. Ato lesivo ao meio ambiente;
5. Ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural.

Considerações importantes:

- A CF isenta o autor da ação popular de custas e ônus da sucumbência, SALVO comprovada má-fé.
- A gratuidade beneficia o autor da ação, mas os réus, se condenados, deverão ressarcir as despesas havidas pelo autor da ação.

a) Legitimidade ativa:

- Somente o **cidadão** pode propor ação popular.
- Exige-se capacidade postulatória: o cidadão que não tiver, deverá constituir advogado.
- Súmula 365/STF: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.
- Há decisões do STJ que estendem ao MP a legitimidade ativa para a ação popular (AREsp 746.846).

NÃO POSSUEM LEGITIMIDADE ATIVA:
- Estrangeiros; - Apátridas; - Pessoa jurídica – Súmula 365, STF; - Brasileiros com seus direitos políticos perdidos ou suspensos.

A doutrina majoritária entende que a legitimidade ativa do cidadão para propor ação popular é **extraordinária**, uma vez que defende direito difuso, cujo titular é a coletividade. (NEVES, 2017, p. 307)

> Art. 1º, §3º, da Lei n. 4.717/65: A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Segundo o STJ (Resp 1.242.800), a condição de eleitor não é condição de legitimidade, e o título de eleitor é utilizado apenas como prova documental da cidadania. Dessa forma, **é irrelevante o domicílio eleitoral do autor, que poderá litigar contra ato praticado em local diverso de onde exerce seu direito de voto**.

Veja uma importante decisão sobre o tema:

> **Em regra, o autor pode ajuizar a ação popular no foro de seu domicílio, mesmo que o dano tenha ocorrido em outro local; contudo, diante das peculiaridades, as ações envolvendo o rompimento da barragem de Brumadinho devem ser julgadas pelo juízo do local do fato**
>
> Em 2019, houve o rompimento de uma barragem de rejeitos de minério, localizada em Brumadinho (MG). O rompimento resultou em um terrível desastre ambiental e humanitário. Felipe, na condição de cidadão, ajuizou ação popular contra a União, o Estado de Minas Gerais e a Vale S.A., pedindo para que os réus fossem condenados a recuperar o meio ambiente degradado, pagar indenização pelos danos causados e pagar multa por dano ambiental. Como Felipe mora em Campinas (SP), ele ajuizou a ação no foro de seu domicílio e a demanda foi distribuída para a 2ª Vara Federal de Campinas (SP). Ocorre que na 17ª Vara Federal de Minas Gerais existem ações individuais, ações populares e ações civis públicas tramitando contra os mesmos réus e envolvendo pedidos semelhantes a essa ação popular ajuizada em Campinas. Quem é competente para julgar esta ação popular: o juízo do domicílio do autor ou o juízo do local em que se consumou o ato danoso? O juízo do local onde se consumou o dano (17ª Vara Federal de Minas Gerais). Regra geral: em regra, o autor pode ajuizar a ação popular no foro de seu domicílio, mesmo que o dano tenha ocorrido em outro local. Isso porque como a ação popular representa um direito político fundamental, deve-se facilitar o seu exercício. Exceção: o STJ

> entendeu que o caso concreto envolvendo Brumadinho era excepcional com inegáveis peculiaridades que impõem a adoção de uma solução diferente para evitar tumulto processual em uma situação de enorme magnitude social, econômica e ambiental. Assim, para o STJ é necessário superar, excepcionalmente, a regra geral. Entendeu-se que seria necessário adotar uma saída pragmática para permitir uma resposta do Poder Judiciário aos que sofrem os efeitos desta grande tragédia. A regra geral do STJ deve ser usada quando a ação popular for isolada. Contudo, no caso de Brumadinho havia uma ação popular em Campinas (SP) competindo e concorrendo com várias outras ações populares e ações civis públicas, bem como com centenas, talvez milhares, de ações individuais tramitando em MG, razão pela qual, em se tratando de competência concorrente, deve ser eleito o foro do local do fato. Em face da magnitude econômica, social e ambiental do caso concreto, é possível a fixação do juízo do local do fato para o julgamento de ação popular que concorre com diversas outras ações individuais, populares e civis públicas decorrentes do mesmo dano ambiental. STJ. 1ª Seção. CC 164362-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/06/2019. (Info 662)

OBS.: ISENÇÃO DE CUSTAS:

A CF/88 isenta o autor da ação popular de custas e ônus da sucumbência, **SALVO comprovada má-fé.**

A gratuidade beneficia o autor da ação, mas os réus, se condenados, deverão ressarcir as despesas havidas pelo autor da ação.

> Art. 6º, §5º, da Lei n. 4.717/65: É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

b) Legitimidade passiva:

> Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Há litisconsórcio passivo necessário entre:

1) a pessoa jurídica pública ou privada,
2) as autoridades responsáveis pelo ato e
3) os beneficiários diretos dele.

A Lei da Ação Popular prevê que "qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final

de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas" (inciso III do art. 7º da Lei 4.717/65).

A autorização legal da ampliação posterior do polo passivo da ação popular, no curso do processo e antes da sentença, tem o objetivo de abarcar todas as pessoas físicas e/ou jurídicas que supostamente foram beneficiadas ou são responsáveis pelo ato impugnado pelo autor popular. Assim, os réus poderão exercer o contraditório pleno e, por conseguinte, irão se sujeitar aos efeitos da coisa julgada material.

Legitimação Bifronte: O art. 6º, §3º, da Lei n. 4.717/64 prevê que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Dessa forma, a pessoa jurídica poderá passar a atuar ao lado do autor, criando uma espécie *sui generis* de litisconsórcio ativo ulterior (NEVES, 2017, p. 317). Legitimação bifronte significa que a pessoa jurídica de direito público ou privado possui legitimidade para atuar em ambos os polos da demanda, de acordo com o interesse público.

> O STF não admite que Estado-membro componha o polo ativo de ação popular originariamente.

c) Atuação do Ministério Público:

> § 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

> **STJ (AgRg no Resp 1.333.168):** O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica detém legitimidade para a juntada de documentos e para formular pedidos de produção de provas que entender necessárias.

Legitimidade ativa superveniente (art. 9º da Lei n. 4.717/65): Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

> Art. 9º: Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

> Art. 16: Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução.

> O representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.

d) Objeto

A sentença possui natureza cível, e se julgada improcedente, se sujeita ao duplo grau de jurisdição.

> Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

O cabimento da ação popular NÃO exige a comprovação de efetivo dano material, pecuniário. **Entende o STF que a lesividade decorre da ilegalidade, e a ilegalidade do comportamento, por si só, causa dano.**

Além da motivação dos atos lesivos, o próprio mérito do ato pode ser objeto de análise em sede de ação popular, já que a discricionariedade não permite a contrariedade ao ordenamento jurídico, tampouco o desatendimento ao interesse público específico do ato praticado (NEVES, 2017, p. 301).

> **STJ:**É cabível ação civil pública proposta por Ministério Público Estadual para pleitear que Município proíba máquinas agrícolas e veículos pesados de trafegarem em perímetro urbano deste e torne transitável o anel viário da região. STJ. 2ª Turma. REsp 1294451-GO, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/9/2016 (Info 591).

> **STF:** A AP não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade, por não se prestar ao ataque de lei em tese. Isso porque o julgamento de lei em tese, em ação popular, por juiz de primeiro grau, implicaria usurpação de competência do STF para o controle abstrato, acarretando a nulidade do respectivo processo.

> **STF:** NÃO cabe AP contra ato de conteúdo jurisdicional, praticado por membro do Judiciário no desempenho de sua função típica.

> **STF:** A AP restringe-se, quanto ao seu âmbito de incidência, à esfera de atuação administrativa de qualquer dos poderes do Estado, abrangendo apenas os atos administrativos, fatos administrativos, resoluções que veiculam conteúdo materialmente administrativo.

> **STJ** possui firme orientação de que um dos pressupostos da Ação Popular é a lesão ao patrimônio público. Ocorre que a Lei nº 4.717/65 deve ser interpretada de forma

> a possibilitar, por meio de Ação Popular, a mais ampla proteção aos bens e direitos associados ao patrimônio público, em suas várias dimensões (cofres públicos, meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio artístico, estético, histórico e turístico). Para o cabimento da Ação Popular, basta a **ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material.** STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 949.377/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 09/03/2017.

e) Competência

Definida pela **origem do ato a ser anulado.** Ex.: patrimônio lesado da União – competência da Justiça Federal.

- Regra: A **competência do juízo de 1º grau** para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive presidente da república.
- Exceção: competência originária do STF disposta no art. 102, I, "f" e "n" da CF.

> f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta
> n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

O juízo da Ação Popular é universal, impondo-se a reunião de todas as ações conexas, com fundamentos jurídicos iguais ou assemelhados.

STF: O foro especial por prerrogativa de função NÃO alcança ações populares ajuizadas contra autoridades detentoras dessa prerrogativa.

> STF: AÇÃO ORIGINÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO POPULAR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juízo competente de primeiro grau. Precedentes. 2. Julgado o feito na primeira instância, se ficar configurado o impedimento de mais da metade dos desembargadores para apreciar o recurso voluntário ou a remessa obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base na letra n do inciso I, segunda parte, do artigo 102 da Constituição Federal. 3. Resolvida a Questão de Ordem para estabelecer a competência de um dos juízes de primeiro grau da Justiça do Estado do Amapá" (AO 859/AP-QO, Tribunal Pleno, Redator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º/8/2003).

O STF não possui competência originária para processar e julgar ação popular, ainda que ajuizada contra atos e/ou omissões do Presidente da República. A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juízo de 1º grau. STF. Plenário. Pet 5856 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/11/2015 (Info 811).

l) Contestação:

Art. 7º, IV, da Lei n. 4.717/65: O prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital.

m) Reexame necessário inverso:

Na ação popular, haverá reexame no caso de a sentença concluir pela carência ou pela improcedência do pedido, mesmo que parcial (art. 19 da Lei n. 4.717/65). Dessa forma, haverá o reexame ainda que a Fazenda Pública seja vitoriosa na demanda, no caso de permanecer na posição originária de réu.

Não se admite o cabimento da remessa necessária, tal como prevista no art. 19 da Lei nº 4.717/65, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Ex: ação proposta pelo MP tutelando direitos individuais homogêneos de consumidores. STJ. 3ª Turma.REsp 1374232-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/09/2017 (Info 612).

6. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI 7.347/85)

a) Conceito

A ação civil pública consiste em uma garantia constitucional prevista em lei própria (lei nº 7.347/85), que busca proteger direitos de 3ª geração. A ACP tutela, portanto, direitos difusos e coletivos, bem como direitos individuais indisponíveis.

ATENÇÃO: A ACP NÃO pode substituir a ADI, embora a inconstitucionalidade possa ser questão prejudicial. Logo, a ACP é cabível apenas como meio de controle difuso.

b) Objeto

Tem por objeto a tutela preventiva ou ressarcitória dos seguintes bens ou direitos metaindividuais:

- Meio-ambiente;
- Consumidor;
- Bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- Qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

- Infração da ordem econômica;
- Ordem urbanística;
- Honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- Patrimônio público e social.

NÃO cabe ACP para veicular pretensões que envolvam:

- Tributos;
- Contribuições previdenciárias;
- FGTS**;
- Outros fundos de natureza institucional.

Caiu na prova Delegado PF/2018! Segundo o STF, o MP não possui legitimidade para propor ação civil pública em matéria tributária em defesa de contribuintes. **(ITEM CORRETO)**

> Art. 1º, Parágrafo único. 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

**** Em relação ao FGTS, tenha cuidado com o julgado do STF:** O Ministério Público possui legitimidade para propor ACP em defesa de direitos sociais relacionados com o FGTS

> O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos sociais relacionados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). STF. Plenário. RE 643978/SE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 9/10/2019 (repercussão geral – Tema 850) (Info 955). Em provas, tenha cuidado com a redação do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85: Art. 1º (...) Parágrafo único. 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.

> CUIDADO: Se for cobrada a mera transcrição literal deste dispositivo em uma prova objetiva, provavelmente, esta será a alternativa correta.

c) Legitimidade Ativa

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Trata-se de legitimidade:

- ✓ **AUTÔNOMA**: NÃO depende de participação ou autorização do titular do direito material;
- ✓ **CONCORRENTE**: Há mais de um legitimado;
- ✓ **DISJUNTIVA**: Um legitimado NÃO depende de autorização do outro para ajuizar a ação.

Natureza da legitimação: Para a corrente doutrinária majoritária, é necessário fazer a seguinte distinção:

- Quando se tratar da tutela de direitos difusos e coletivos - o autor da ação age com legitimação autônoma para a condução do processo, pois não decorre do direito material, mas da lei, que conferiu aos legitimados a possibilidade de defender aquele direito;
- Quando se tratar da tutela de interesses individuais homogêneos - a legitimação é extraordinária, pois a pessoa agiria em nome próprio, em defesa do interesse alheio.

À luz do art. 5º, §5º, é possível a formação de litisconsórcio facultativo entre os autores coletivos. Entretanto, para o STF, o litisconsórcio facultativo entre o MPF e o MPF exige a devida justificativa.

> § 5.° Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei
>
> Em ação civil pública, a formação de litisconsórcio ativo facultativo entre o Ministério Público Estadual e o Federal depende da demonstração de alguma razão específica que justifique a presença de ambos na lide. STJ. 3ª Turma. REsp 1254428-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 2/6/2016 (Info 585).

(3) **MINISTÉRIO PÚBLICO:**

O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3° Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Veja algumas hipóteses já decididas pela jurisprudência:

- O MPF possui legitimidade para propor ação civil pública a fim de debater a cobrança de encargos bancários supostamente abusivos praticados por instituições financeiras privadas;
- O Ministério Público pode ajuizar ACP para anular ato administrativo de aposentadoria que importe lesão ao erário;
- O MP tem legitimidade para pleitear, em ACP, indenização decorrente de DPVAT
    - Cuidado 1: superação da antiga súmula 470 STJ
    - Cuidado 2: Segundo o STJ, uma associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para ajuizar ACP discutindo DPVAT, porquanto o seguro DPVAT não tem natureza consumerista, faltando, portanto, pertinência temática
- O MP tem legitimidade para a defesa do patrimônio público;
- O MP tem legitimidade para pleitear a nulidade das cláusulas em contratos bancários;
- O MP tem legitimidade para propor ação a fim de tutelar a poluição sonora.

Jurisprudências em teses do STJ:

1) O Ministério Público tem legitimidade para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

2) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando tutelar direitos dos consumidores relativos a serviços públicos.

3) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de assegurar os interesses individuais indisponíveis, difusos ou coletivos em relação à infância, à adolescência e aos idosos, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

4) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de assegurar assistência médica e odontológica à comunidade indígena, em razão da natureza indisponível dos bens jurídicos salvaguardados e o status de hipervulnerabilidade dos sujeitos tutelados.

5) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de assegurar os interesses individuais indisponíveis, difusos ou coletivos

em relação às pessoas desprovidas de recursos financeiros, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

6) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses e direitos individuais homogêneos pertencentes a consumidores decorrentes de contratos de cessão e concessão do uso de jazigos em cemitérios.

7) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o fim de impedir a cobrança abusiva de mensalidades escolares.
Súmula 643-STF: O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares.

8) O Ministério Público Estadual não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando defesa de bem da União, por se tratar de atribuição do Ministério Público Federal.

9) O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a cessação dos jogos de azar.

10) O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. (Súmula n. 329/STJ)

11) O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública objetivando o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, a fim de tutelar o direito à saúde e à vida.

12) O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa dos interesses de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, visto que presente o relevante interesse social da matéria.

14) O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular concurso realizado sem a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

(4) **DEFENSORIA PÚBLICA:**

Existem dois entendimentos doutrinários quanto à legitimidade da Defensoria Pública:

- 1ª CORRENTE (RESTRITIVA): a atuação só ocorre nos casos de hipossuficiência econômica;
- 2ª CORRENTE (AMPLIATIVA): ocorre nos casos de hipossuficiência econômica e técnica ou organizacional.

> A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, as pessoas necessitadas. STF. Plenário. RE 733433/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4/11/2015 (repercussão geral) (Info 806).
>
> A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores idosos que tiveram plano de saúde reajustado em razão da mudança de faixa etária, ainda que os titulares não sejam carentes de recursos econômicos. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos. Entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos. A expressão "necessitados" prevista no art. 134, caput, da CF/88, que qualifica e orienta a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo. Assim, a Defensoria pode atuar tanto em favor dos carentes de recursos financeiros como também em prol do necessitado organizacional (que são os "hipervulneráveis"). STJ. Corte Especial. EREsp 1192577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015 (Info 573)

(5) **ENTES POLÍTICOS:**

Podem ajuizar ACP:

- União
- Estados
- DF
- Municípios

No caso de ação civil pública proposta por ente político, a **pertinência temática ou representatividade adequada são presumidas.**

Isso porque não há dúvidas de que os entes políticos possuem, dentre suas finalidades institucionais, a defesa coletiva dos consumidores. Trata-se, inclusive, de um comando constitucional:

> Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.
>
> **Município tem legitimidade ad causam para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos consumeristas** questionando a cobrança de tarifas bancárias. Em relação ao Ministério Público e aos entes políticos, que têm como finalidades institucionais a proteção de valores fundamentais, como a defesa coletiva dos consumidores, **não se exige pertinência temática e representatividade adequada.** STJ. 3ª Turma. REsp 1509586-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/05/2018 (Info 626).

(6) **ASSOCIAÇÃO:**

As associações possuem legitimidade para defesa dos direitos e dos interesses coletivos ou individuais homogêneos, **independentemente de autorização expressa dos associados.** Isso porque, no caso, estamos diante de um regime de **substituição processual**, em que a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo é estabelecida na definição dos objetivos institucionais, no próprio ato de criação da associação, sendo, portanto, desnecessária, nova autorização ou deliberação assemblear.

Apesar de não exigir a autorização expressa dos associados, para ajuizar ACP, as associações devem preencher os seguintes requisitos:

1) Deve estar constituída há pelo menos 01 (um) ano;
2) Pertinência temática.

A necessidade de a associação estar constituída há pelo menos 1 ano é flexibilizada pela própria lei, que dispensa tal requisito em caso de manifesto interesse social ou diante da relevância do bem jurídico protegido.

> § 4.° 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

> **Mesmo sem 1 ano de constituição, associação poderá ajuizar ACP para que fornecedor preste informações ao consumidor sobre produtos com glúten.** Como regra, para que uma associação possa propor ACP, ela deverá estar constituída há pelo menos 1 ano. Exceção. Este 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 (§ 4º do art. 5º da Lei nº 7.347/85). Neste caso, a ACP, mesmo tendo sido proposta por uma associação com menos de 1 ano, poderá ser conhecida e julgada. Como exemplo da situação descrita no § 4º do art. 5º, o STJ decidiu que: É dispensável o requisito temporal (pré-constituição há mais de um ano) para associação ajuizar ação civil pública quando o bem jurídico tutelado for a prestação de informações ao consumidor sobre a existência de glúten em alimentos. STJ. 2ª Turma. REsp 1600172-GO, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2016 (Info 591).

Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. E, segundo o STJ, em caso de dissolução da associação que ajuizou ação civil pública, **é possível sua substituição no polo ativo por outra associação que possua a mesma finalidade temática.** Confira:

> Caso ocorra dissolução da associação que ajuizou ação civil pública, é possível sua substituição no polo ativo por outra associação que possua a mesma finalidade temática. O microssistema de defesa dos interesses coletivos privilegia o aproveitamento do processo coletivo, possibilitando a sucessão da parte autora pelo Ministério Público ou por algum outro colegitimado (ex: associação), mormente em decorrência da importância dos interesses envolvidos em demandas coletivas. STJ. 3ª Turma. EDcl no REsp 1405697-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10/09/2019 (Info 665).

Segundo o STJ, pode uma associação defender interesses transindividuais que ultrapassem os de seus próprios associados, ainda que estes interesses sejam individuais homogêneos.

d) Legitimidade Passiva

A Lei de Ação Popular é omissa quanto à legitimidade passiva, razão pela qual o STJ e a doutrina entendem pela aplicação do regramento geral do CPC.

e) Competência

- **Critério Funcional -** NÃO há prerrogativa de foro na Ação Civil Pública, razão pela qual o julgamento é sempre em primeira instância.

- **Critério Material:**
  - **Justiça eleitoral:** É competente para questões relacionadas à sufrágio e questões político-partidárias;
  - **Justiça do trabalho:** relação de trabalho;direito sindical;proteção ao meio ambiente do trabalho.
  - **Justiça comum:** Pode ser ajuizada na Justiça Federal, se presente uma das hipóteses do art. 109, I, da CF/88.

    ⇨ É possível o incidente de deslocamento de competência em ACP.
    ⇨ NÃO cabe ACP em juizados cíveis, federais e da Fazenda.

- **Critério Territorial**

Em relação às ações civis públicas cujo objeto seja de **âmbito local**, deve-se aplicar o art. 2º da Lei nº 7.347/85, que prevê o foro do local onde tiver ocorrido o dano:

> Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Em relação às ações civis públicas cujo objeto seja de **âmbito nacional ou regional**, a lei é omissa, motivo pelo qual deve-se recorrer ao art. 93, II, do CDC, com base na noção de microssistema processual (art. 21 da LACP).

> Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
> II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Portanto, em se tratando de ação civil pública com abrangência nacional ou regional, sua propositura deve ocorrer no foro, ou na circunscrição judiciária, de capital de Estado ou no Distrito Federal. E, uma vez fixada essa competência, o primeiro que conhecer da matéria, entre os competentes, ficará prevento.

> Art. 2º, Parágrafo único - A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.
>
> (...). Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas. STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 1075) (Info 1012).

Vamos esquematizar?

DANO LOCAL:	Ajuizamento da ACP no local do dano (art. 2º)
DANO REGIONAL	Ajuizamento da ACP na capital do estado;
DANO NACIONAL	Ajuizamento da ACP no DF ou capital dos estados envolvidos

f) Sucumbência na ACP

> Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.
>
> Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação

da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

- Nas ações da Lei da ação civil pública não haverá adiantamento de custas;
- Se o autor vencido for o MP, defensoria ou associação, será isento do pagamento dos ônus de sucumbência, salvo má-fé:
- Se o MP for vencedor, o réu vencido será isento de custas de sucumbência, em razão do princípio da simetria.

Em regra, o demandado que for sucumbente na ACP não tem o dever de pagar honorários advocatícios. A parte que foi vencida em ação civil pública não tem o dever de pagar honorários advocatícios em favor do autor da ação. A justificativa para isso está no princípio da simetria. **Isso porque se o autor da ACP perder a demanda, ele não irá pagar honorários advocatícios, salvo se estiver de má-fé (art. 18 da Lei nº 7.347/85). Logo, pelo princípio da simetria, se o autor vencer a ação, também não deve ter direito de receber a verba.** Desse modo, em razão da simetria, descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em ação civil pública, quando inexistente má-fé, de igual sorte como ocorre com a parte autora. STJ. Corte Especial. EAREsp 962250/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 15/08/2018.

OBS.: Existe precedente do STJ que faz uma ressalva: se a ação tiver sido proposta associações e fundações privadas e a demanda tiver sido julgada procedente, neste caso, o demandado terá sim que pagar honorários advocatícios. Assim, o entendimento do STJ manifestado no EAREsp 962.250/SP "não se deve aplicar a demandas propostas por associações e fundações privadas, pois, do contrário, barrado de fato estaria um dos objetivos mais nobres e festejados da Lei 7.347/1985, ou seja, viabilizar e ampliar o acesso à justiça para a sociedade civil organizada." (STJ. 2ª Turma. REsp 1796436/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 09/05/2019).

g) Considerações processuais importantes:

- **ÓRGÃOS PÚBLICOS LEGITIMADOS E ASSOCIAÇÕES PRIVADAS PODEM TRANSACIONAR EM SEDE DE ACP**:

Art. 5º, §6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

> A associação privada autora de uma ação civil pública pode fazer transação com o réu e pedir a extinção do processo, nos termos do art. 487, III, "b", do CPC. O art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) prevê que os órgãos públicos podem fazer acordos nas ações civis públicas em curso, não mencionando as associações privadas. Apesar disso, a ausência de disposição normativa expressa no que concerne a associações privadas não afasta a viabilidade do acordo. Isso porque a existência de previsão explícita unicamente quanto aos entes públicos diz respeito ao fato de que somente podem fazer o que a lei determina, ao passo que aos entes privados é dado fazer tudo que a lei não proíbe. STF. Plenário. ADPF 165/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 1º/3/2018 (Info 892).

- **EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO:** Quem define que efeito terá a apelação é o próprio juiz da causa (art. 14 LACP).

> Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte

- **REEXAME NECESSÁRIO:** Somente ocorre quando a ação é julgada improcedente ou extinta sem julgamento do mérito.

- **ABRANGÊNCIA DA SENTENÇA:**

MUITA ATENÇÃO AQUI! DECISÃO SOBRE O TEMA!

O art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com redação dada pela Lei nº 9.494/97, estabelece o seguinte:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Esse artigo foi alterado pela Lei nº 9.494/97 com o objetivo de restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada, ou seja, ele determinou que a coisa julgada na ACP deveria produzir efeitos apenas dentro dos limites territoriais do juízo que prolatou a sentença.

Em outras palavras, o que o art. 16 quis dizer foi o seguinte: a decisão do juiz na ação civil pública não produz efeitos no Brasil todo. Ela irá produzir efeitos apenas na comarca (se for Justiça Estadual) ou na seção ou subseção judiciária (se for Justiça Federal) do juiz prolator.

A doutrina criticou bastante essa alteração promovida no art. 16 e afirmou que a regra ali prevista não deveria ser aplicada por ser inconstitucional, impertinente e ineficaz. **Como ficou então a posição da jurisprudência?**

- **STJ –"A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas NÃO deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão".** STJ. Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016.

- **STF –"É INCONSTITUCIONAL a delimitação dos efeitos da sentença proferida em sede de ação civil pública aos limites da competência territorial de seu órgão prolator.** STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 1075) (Info 1012).

Jurisprudências em teses do STJ que são pertinentes ao tema:

> 1) Por critério de simetria, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de ação civil pública, salvo comprovada má-fé.
>
> 2) É possível a inversão do ônus da prova da ação civil pública em matéria ambiental a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985.
>
> 3) No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública. (Recurso Repetitivo Tema 515)

7. INQUÉRITO CIVIL

É uma investigação administrativa a cargo do MP, destinada a colher elementos para eventual propositura de ACP, podendo servir de base para o oferecimento de denúncia criminal.

> Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.
> § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.
> § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.
> Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil,

promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

a) Características

- Procedimento preparatório;
- Procedimento meramente administrativo;
- Procedimento informativo;
- Não obrigatório;
- É público;
- Privativo do MP;
- Inquisitorial (não há contraditório).

b) Fases do Inquérito Civil

I) INSTAURAÇÃO:

Ocorre através de portaria, que deve indicar o objeto da investigação. A portaria pode ser baixada das seguintes formas:

- De ofício;
- Por representação;
- Por requisição do procurador geral.

O fato de o promotor ter presidido o inquérito civil NÃO gera a suspeição para o ajuizamento de ACP;
Doutrina majoritária entende não ser possível a instauração de inquérito civil por denúncia anônima.

II) INSTRUÇÃO:

- Abrange o poder de vistoria e inspeção em qualquer órgão público;
- Poder de intimação de qualquer pessoa para depoimento, sob pena de condução coercitiva;
- Poder de requisição de documentos e informações a qualquer entidade pública ou privada.

III) CONCLUSÃO:

A LACP NÃO estipula prazo para a conclusão do inquérito civil. Ao final, o promotor tem duas opções:

- Promover a ACP;
- Promover o arquivamento fundamentado: ao propor o arquivamento, o promotor encaminha ao órgão superior do MP, no prazo de 3 dias, sob pena de responsabilidade penal. Os órgãos superiores designam uma sessão de julgamento, e podem ser tomadas as seguintes providências:
    - Homologação do arquivamento;
    - Conversão do julgamento em diligência;
    - Rejeição da promoção do arquivamento, hipótese em que será nomeado outro promotor para a propositura da ACP.

8. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

Ocorre quando a pessoa assume a responsabilidade pelo evento e se compromete a alterar a sua conduta. Uma vez celebrado, possui a eficácia de título executivo extrajudicial:

> Art. 5º, § 6° LACP. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

a) Cabimento - Cabe TAC nos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos.

A Lei nº 13.964 deu nova redação ao art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, passando a permitir a celebração de acordos de não persecução cível. O dispositivo, contudo, foi revogado pela Lei nº 14.230/21.

> ~~Art. 17. (...) § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.~~

Todavia, permanece a possibilidade da celebração de acordos de não persecução cível em matéria de improbidade administrativa, pois apesar da revogação do art. 17, §1º, a Lei nº 14.230/21, incluiu o art. 17-B, de modo a continuar a permitir tal possibilidade:

> Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> I - o integral ressarcimento do dano; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

b) Legitimados

De todos os legitimados para ajuizar ACP, somente as associações NÃO podem celebrar TAC, pois o art. 5º, §6º da LACP alude apenas aos órgãos públicos.

Qualquer legitimado pode celebrar TAC, sem necessidade de autorização dos demais.

TAC homologado judicialmente também só pode ser rescindido judicialmente, por ação anulatória.

c) Responsabilidade

Um órgão NÃO precisa de autorização de outro para celebrar TAC.
A responsabilidade pela fiscalização do cumprimento é do órgão celebrante do TAC.

d) Eficácia

O TAC tem eficácia de título executivo extrajudicial, e sua eficácia ocorre a partir do momento em que é celebrado.

e) Compromisso preliminar

É um TAC parcial, em que se consegue apenas parte do acordo. A sua realização NÃO impede a propositura da ACP contra outros investigados, ou para alcançar outros pedidos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS:
- Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado.
- Marcelo Novelino. Curso de Direito Constitucional.
- Dirley da Cunha Junior. Curso de Direito Constitucional.
- Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. Direitos Constitucional Descomplicado.
-Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional.

META 4

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE I (CONCEITOS GERAIS – CLASSIFICAÇÕES – INÍCIO DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME)

TODOS OS ARTIGOS
• Art. 1, CP • Art. 13, §2º, CP • Art. 14, CP • Art. 75, CP • Arts. 1º a 10 da Lei de Contravenções Penais (DL 3688/41)
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 1º, CP • Art. 13, §2º, CP • Art. 14, CP • Art. 75, CP

Amigos, entraremos no assunto é o **CAMPEÃO** de questões da matéria de direito penal.

É cheio de teorias, divergências, decorebas, mas se for bem estudado e bem entendido, você vai torcer para cair, porque dificilmente errará!

A nossa ideia aqui é passar as partes mais relevantes do conteúdo da forma mais didática e fluida possível, mas caso não entendam algo – o que é absolutamente normal, não hesitem em buscar vídeos gratuitos no Youtube, explicações em blogs jurídicos ou o que quer que seja para que efetivamente ENTENDAM e não apenas decorem, ok?

Combinado nosso: NÃO avancem o conteúdo sem entender qualquer parte! Uma coisa leva à outra e é tudo muito importante! Vamos lá!

1. CONCEITO DE CRIME

A depender do critério adotado para a definição de crime, este conceito será diferente. Temos os seguintes critérios:

I – Critério material/substancial: considera crime toda ação ou omissão humana (ou da pessoa jurídica nos crimes ambientais) que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados;

II – Critério legal/formal: é o conceito dado pelo legislador. É o que a lei definiu. De acordo com o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, "considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa";

De acordo com o autor Juarez Cirino, as definições formais mostram o crime como violação da norma penal respectiva, exemplo: o homicídio como violação da norma, que não se deve matar. O autor Luiz Flávio

complementa que para se praticar o crime, formalmente, o agente precisa realizar a conduta descrita na lei pelo legislador, violando desse modo a correspondente norma penal. O conceito formal de delito está vinculado ao princípio da legalidade (nullum crimen nulla poena sine lege).

De acordo com o autor Luiz Flávio Gomes, crime, em suma, é a realização do fato descrito na lei (aspecto formal) mais a consequente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico relevante (aspecto material).

III – Critério analítico: define crime de acordo com os elementos que compõem sua estrutura. Pode ter como base uma posição quadripartida (crime é fato típico, ilícito, culpável e punível), tripartida (crime é fato típico, ilícito e culpável) ou bipartida (crime é fato típico e ilícito). **Será aprofundado mais à frente.**

Como se percebe, os conceitos formal e material não traduzem o crime com precisão, pois não conseguem defini-lo. Surge, assim, outro conceito, chamado analítico, porque realmente analisa as características ou elementos que compõem a infração penal.

CONCEITO DE CRIME	
CRITÉRIO MATERIAL	Ação ou omissão humana (ou de PJ nos crimes ambientais) que lesa ou expõe a perigo de lesão, bem jurídico protegido. Tem como enfoque o fato ofensivo, desvalioso a bens jurídicos relevantes. Realça o aspecto danoso (danosidade social). Crime, portanto, seria fato humano lesivo ou ofensivo a um interesse relevante.
CRITÉRIO LEGAL/FORMAL	O que a **lei** define como tal. (Art. 1º CP) **Crime**: A infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, cumulativa ou alternativamente com pena de multa. **Contravenção**: é espécie de infração penal a que a lei comina a prisão simples e/ou multa. A diferença é meramente qualitativa (espécie de pena) e quantitativa (quantidade da pena).
CRITÉRIO ANALÍTICO	● **Quadripartida –** fato típico, ilícito, culpável e punível (crítica: punibilidade não é elemento, mas consequência do crime – não vingou); ● **Tripartida –** fato típico, ilícito e culpável (clássicos – obrigatoriamente, e finalistas); ● **Bipartida –** fato típico e ilícito (finalistas).

No mais, infração penal é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal. Vamos ver as diferenças:

1.1. Crime X Contravenção Penal

	CRIME	CONTRAVENÇÃO
Quanto à pena privativa de liberdade	Infração penal que a lei comina pena de **reclusão** ou de **detenção**, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa.	Infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de **prisão simples** (cumprida sem rigor penitenciário, nos termos do art. 6º da LCP) ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.
Quanto à espécie de ação penal	Pode ser ação penal pública condicionada/incondicionada ou privada.	Ação penal pública **incondicionada**, nos termos do art. 17 da LCP.
Quanto à admissibilidade da tentativa (punibilidade)	A tentativa é punível (em regra).	**Não é punível a tentativa**, nos termos do art. 4º da LCP.
Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira	Admite-se extraterritorialidade (art. 7º do CP).	**Não se admite** extraterritorialidade, nos termos do art. 2º da LCP.
Quanto à competência para processar e julgar	Pode ser competência da justiça estadual ou federal.	**Somente** competência da justiça estadual. *** Exceção:** foro por prerrogativa de função.
Quanto ao limite das penas	Limite da pena privativa de liberdade é de **40 anos** (artigo 75 do CP).	A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a **05 anos** (artigo 10 da LCP).

DICA DD! A pena máxima de 40 anos foi atualizada pelo Pacote Anticrime. Trata-se de uma mudança que piora a situação do réu (*novatio legis in pejus*), motivo pelo qual só se aplica aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor (23/01/2020).

De acordo com Cleber Masson, os fundamentos para essa mudança legislativa são basicamente dois:

1) O aumento da expectativa de vida: A média de vida do brasileiro em 1940, quando o Código Penal foi elaborado, era de 45 anos. Hoje a expectativa de vida é de 70 anos.
2) Gravidade e número de crimes: Em 1940 quase não havia o crime de organização criminosa. Os crimes em mais evidência, à época, eram crimes de furto, crimes de bar, etc. Atualmente, a atuação criminosa se tornou cada vez mais complexa devido ao surgimento de organizações criminosas. Não pode o sujeito que pratica 30 crimes de tráfico com soma de 300 anos ter o mesmo tratamento do sujeito que praticou 1 crime de tráfico apenas.

Diante dessa mudança, como fica a Súmula 715 do STF? Continua valendo? Sim. O limite de 40 anos é para fins de cumprimento máximo da pena, entretanto para os benefícios penais, considera-se o total da condenação.

✓ **Súmula 715 do STF** - A pena unificada para atender ao limite de trinta anos **(40 anos!)** de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

- O Brasil adotou o **sistema dualista ou binário**: divide a **infração penal** (que é gênero) em crime (sinônimo de delito) e contravenção penal (crime anão/delito liliputiano/crime vagabundo).

- As contravenções penais foram expressamente excluídas da competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF). O único caso em que a Justiça Federal terá competência para julgar as contravenções penais é quando o contraventor detém foro de prerrogativa de função federal, o qual será julgado pelo TRF respectivo.

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

- E o artigo 28 da Lei de Drogas, que não tem nenhuma dessas penas, é o que? Há entendimento doutrinário de que não seria nem crime nem contravenção, e sim uma infração penal *sui generis*. **Para o STF, no entanto, o artigo 28 é crime**. De acordo com julgado da Suprema Corte, **não houve descriminalização da conduta pela nova lei de drogas, ocorrendo apenas a despenalização no tocante à pena privativa de liberdade** (para mais detalhes consulte o material específico da Lei de Drogas).

1.2. Classificações dos Crimes

1.2.1 Quanto à Qualidade do Sujeito Ativo

I- Crimes comuns/gerais: podem ser praticados por qualquer pessoa;

Obs.: Há também os **crimes bicomuns**, que podem ser cometidos por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa.
Sujeito ativo comum e sujeito passivo comum – Crime bicomum. Ex.: homicídio.

II- Crimes próprios/especiais: o tipo penal exige uma condição (fática ou jurídica) especial do sujeito ativo. **Admitem coautoria e participação**. Exemplo: peculato (somente pode ser praticado por funcionário público);

Obs.: Os crimes próprios podem ser puros e impuros. Nos crimes **puros**, a ausência da condição especial do sujeito ativo leva à **atipicidade** do fato. Por sua vez, nos crimes **impuros**, a ausência dessa condição especial acarreta a **desclassificação** para outro delito.

Obs. 2: Há também os crimes **biopróprios**, que exigem uma condição peculiar do sujeito passivo e do sujeito ativo, como no caso do infanticídio.

Pode o homem ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime?
R: Em regra, não. Entretanto, para Rogério Greco, há uma exceção no crime de rixa (art. 137, CP).

III- Crimes de mão própria ou de conduta infungível: crimes que somente podem ser praticados por pessoa expressamente indicada no tipo penal, como no caso de falso testemunho. O agente deve agir pessoalmente. Segundo a doutrina majoritária, não admitem coautoria, mas somente participação (ex.: se houve o envolvimento do advogado – há decisão do STF nesse sentido).

1.2.2 Quanto à Estrutura do Tipo Penal
I – Crimes simples: é aquele que o fato se amolda a um único tipo penal.

II – Crimes complexos: pode ser subdivido em:

a) Crime complexo em sentido estrito: resulta da união de dois ou mais tipos penais, como o crime de roubo, que deriva da fusão entre furto + ameaça ou furto + lesão corporal.

Obs.: São crimes famulativos aqueles que compõem a estrutura unitária do crime complexo.

b) Crime complexo em sentido amplo: deriva da fusão de um crime com um comportamento penalmente irrelevante, como o estupro = violência ou ameaça (conduta típica) + conjunção carnal (figura atípica).

c) Crime ultracomplexo: resta caracterizado quando crime complexo é acrescido de outro, que serve como qualificadora ou majorante daquele. Ex.: roubo majorado pelo emprego de arma de fogo = roubo (crime complexo) + porte ilegal de arma de fogo (que vai servir como causa de aumento).

1.2.3 Quanto à Relação entre a Conduta e o Resultado Naturalístico
I – Crimes materiais/causais: o tipo penal compreende uma conduta e um resultado naturalístico indispensável para a consumação.

II – Crimes formais/de consumação antecipada o tipo penal contém uma conduta e um resultado naturalístico, mas esse resultado é desnecessário para a consumação.

III- Crimes de mera conduta/de simples atividade: o tipo penal se limita a descrever uma conduta, sem que haja um resultado naturalístico, como no caso de ato obsceno (art. 233 do CP).

CLASSIFICAÇÕES PERTINENTES:

- Delitos de tendência interna transcendente ou de intenção: requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior, distinto da realização do tipo penal.

"Transcendente, além do dolo, transcende o dolo". Ex.: art. 288, o dolo é associar-se. O que vai além do dolo? Cometer crimes – o que é indiferente para a consumação ou não do delito".

São crimes formais! Se consumam com a prática da conduta, independentemente da realização do resultado naturalístico.

Ex.: No furto há a intenção de ter a coisa para si ou para outrem (essa intenção transcende o dolo).

Ex.: No crime de extorsão mediante sequestro temos a expressão "com o fim de".

Ex.: No crime de receptação temos "em proveito próprio ou alheio".

Os delitos de intenção se subdividem em 2 grupos:

Essa classificação se subdivide em duas:

a) **Crime de Resultado Cortado:** em que o **resultado naturalístico** (dispensável por se tratar de delito formal) depende, para sua configuração, de **COMPORTAMENTO ADVINDO DE TERCEIROS** estranhos à execução do crime. Ex.: art. 159 do CP - extorsão mediante sequestro - a obtenção da vantagem para o resgate depende dos familiares da vítima.

b) **Crime Atrofiado ou Mutilado de 02 atos:** o **resultado naturalístico** (também dispensável) depende de um **NOVO COMPORTAMENTO DO PRÓPRIO AGENTE**. Ex.: falsificar moeda para colocar em circulação (art. 289, caput e §1º - sendo que o §1º é um tipo autônomo com pena autônoma) o agente falsifica para colocar em circulação (que é dispensável para realizar o tipo penal).

A chave está em analisar qual deles necessita que o segundo ato seja praticado por 3º ou pelo próprio agente para a obtenção do resultado naturalístico (que na verdade é dispensável).

Diferenciam-se de:

- Delitos de tendência intensificada ou de atitude pessoal: que são diferentes dos explicados acima, pois não transcendem a vontade do agente. Temos um "algo a mais" além do dolo de praticar a conduta, ou seja, além da vontade e da consciência, mas que não transcende. É uma tendência interna que intensifica, REFORÇA o dolo (Welzel).

Welzel já dizia: "Elementos especiais, pessoais, subjetivos que colorem o conteúdo ético-social da conduta". Essa tendência intensificada colore, dá novas cores ao enfoque subjetivo, ao conteúdo ético-social. Ex: *animus injuriandi* – configuração crime de injúria.

Caiu na prova de Delegado do Rio Grande do Sul/2018, foi considerada correta a seguinte assertiva: Os crimes formais também podem ser definidos como crimes de resultado cortado.

Esse tema foi objeto de questão no concurso de Delegado da Polícia Civil de Pernambuco, na fase dissertativa, onde trazia um caso onde o médico ginecologista, mediante fraude, enganava a paciente para que pudesse realizar procedimento nela e com isso satisfazer a sua lascívia, respondendo o médico por violação sexual mediante fraude. Se fosse simplesmente examinar, não seria crime. Como foi para satisfazer lascívia, era. Seria crime de tendência intensificada.

1.2.4 Quanto ao Momento de Consumação

I – Crimes instantâneos/de estado: a consumação ocorre em um determinado momento, sem continuidade no tempo.

II – Crimes permanentes: a consumação se prolonga no tempo por vontade do agente (afeta na prescrição e no flagrante), podendo ser:

a) necessariamente permanentes: são crimes cuja consumação depende da manutenção da situação contrária ao Direito por um período juridicamente relevante, como no caso do sequestro.

b) eventualmente permanentes: são crimes instantâneos, mas nos quais, no caso concreto, a situação de ilicitude pode ser prolongada, como no caso de **furto de energia elétrica.**

Caiu na prova de Delegado do Rio Grande do Sul/2018! foi considerada correta a seguinte assertiva: O crime de furto é classificado como crime instantâneo, porém há a possibilidade de um crime de furto ser considerado, eventualmente, crime permanente.

III – Crimes instantâneos de efeitos permanentes: os efeitos subsistem após a consumação, independentemente da vontade do agente. Ex.: bigamia. No 2º casamento o delito já se consumou, mas os efeitos permanecem.

IV – Crimes instantâneos de continuidade habitual - Se consumam por meio de uma **única conduta** que causa um **resultado instantâneo**, mas que **exigem**, em seguida, para a configuração do tipo, a **reiteração da conduta de forma habitual**. – Ex.: Art. 228 do CP: Favorecimento à Prostituição. Deve haver a constatação da prostituição com habitualidade, que é elemento intrínseco da atividade. Exige prova concreta da reiterada conduta da vítima, uma vez que prostituição implica em habitualidade.

V – Crimes instantâneos de habitualidade preexistente – Se concretiza com **uma única conduta**, com resultado instantâneo, embora exija, para tanto, o **desenvolvimento habitual de outro comportamento preexistente**. – Ex.: Art. 334, § 1º, "c" do CP - Venda de mercadoria estrangeira, introduzida clandestinamente no país, no exercício de atividade comercial - se não existir anteriormente a prática habitual da atividade empresarial, não se configura o delito.

IV – Crimes a prazo: a consumação exige a fluência de determinado período de tempo. Ex.: apropriação de coisa achada.

Caiu na prova de Delegado do Rio Grande do Sul/2018! Foi considerada correta a seguinte assertiva: O crime de lesão corporal grave em decorrência da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias é classificado, em relação ao momento consumativo, como um crime a prazo. Nesse sentido, dispõe o CPP:

Art. 168, CP. (...) §2º: Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

1.2.5 Quanto ao Número de Agentes

I – Crimes unissubjetivos/unilaterais/de concurso eventual: podem ser praticados por um único agente, mas nada impede que sejam em concurso de pessoas;

II – Crimes plurissubjetivos/plurilateriais/de concurso necessário: são os que somente podem ser praticados por uma pluralidade de agentes, que podem ser coautores ou partícipes, imputáveis ou não, conhecidos ou desconhecidos. São subdivididos em:

a) **Crimes de condutas paralelas:** os agentes se auxiliam, mutuamente, para a produção do resultado, buscam um fim único. Ex.: associação criminosa.
b) **Convergentes**: condutas diferentes que se completam, ainda que uma não seja culpável. Ex.: bigamia.
c) **Divergentes**: dirigidas umas contra as outras. Ex.: rixa.

Obs.: Crimes PLURISSUBJETIVOS não se confundem com crimes de PARTICIPAÇÃO NECESSÁRIA, pois nesse último, o autor pratica vários crimes, porém o tipo penal exige a colaboração do sujeito passivo, que não será punido. Ex.: corrupção de menores; favorecimento a prostituição.

Obs2: Não confundir com crime plurissubsistente, que é a conduta fracionada em diversos atos que, somados, provocam a consumação.

1.2.6 Quanto ao Número de Vítimas

I – Crimes de subjetividade passiva única: possuem uma única vítima;

II – Crimes de dupla subjetividade passiva: possuem duas ou mais vítimas.

1.2.7 Quanto ao Grau de Intensidade do Resultado

I – Crimes de dano/de lesão: a consumação somente ocorre com a efetiva lesão do bem jurídico.

II – Crimes de perigo: a consumação ocorre com a mera exposição do bem jurídico a uma situação de perigo, podendo ser subdivididos em:

a) **Crimes de perigo abstrato/presumido:** a consumação ocorre automaticamente com a prática da conduta, sendo desnecessária a comprovação da situação de perigo. A presunção do perigo é absoluta;
b) **Crimes de perigo concreto:** a consumação depende da efetiva comprovação da situação de perigo no caso concreto;
c) **Crimes de perigo individual:** atingem uma pessoa ou um número de determinado de pessoas;
d) **Crimes de perigo comum/coletivo:** atingem um número indeterminado de pessoas;
e) **Crimes de perigo atual:** o perigo está ocorrendo;
f) **Crimes de perigo iminente:** o perigo está prestes a ocorrer;
g) **Crimes de perigo futuro:** a situação de perigo derivada da conduta se projeta para o futuro.

Caiu na Prova Delegado PA/2016! Crime de potencial perigo: "Hefendehl apresenta nova modalidade de delito de perigo abstrato destacando que a relevância de sua construção está no fato de limitar a incidência do tipo penal objetivo pela ideia de criação de um risco proibido nos moldes da teoria da imputação objetiva. Portanto, a anormal condução do veículo em razão da influência do álcool ou de qualquer outra substância psicoativa e, portanto, contrária às normas de segurança no trânsito - em uma perspectiva ex ante - é que deverá ser considerada criação de risco proibido para os bens jurídicos individuais que são tutelados penalmente pelo art. 306 da Lei de Trânsito, porquanto assim haverá potencialidade lesiva na conduta praticada pelo motorista, legitimando o tipo penal. [...] Assim, para não punir pela simples desobediência ao comando normativo requer-se, primeiramente, que o agente crie um risco proibido (superando o risco-base relacionado à norma de cuidado no trânsito, isto é, dirigindo sob a influência de álcool ou drogas) e, depois, que haja bens jurídicos contra os quais as condutas arriscadas (condução em zigue-zague, por exemplo) possam estar direcionadas". (SCHMITT DE BEM; MARTINELLI. Lições Fundamentais de Direito Penal. p. 143-144).

ATENÇÃO:

Constitucionalidade do crime de perigo abstrato:

1ª Corrente: LFG, Bittencourt, Damásio: O crime de perigo abstrato viola o princípio da lesividade ou ofensividade.

2ª Corrente: O crime de perigo abstrato revela maior zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Essa corrente volta a ganhar força no STF.

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO DE PERIGOSIDADE REAL

Os crimes de perigo abstrato de perigosidade real também são denominados de "crimes de perigo abstrato concreto", de caráter híbrido, de perigo hipotético, de aptidão abstrata. São crimes em que não basta a mera realização da conduta, sendo necessária a criação de um perigo em potencial.

Sobre os crimes de perigosidade real, assim ensina Rogério Sanches:

De acordo com essa nova espécie de infração penal, teríamos não apenas dois tipos de crime de perigo (abstrato e concreto), mas sim três! No crime de perigo abstrato (ou puro), o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei, bastando a violação da norma. Já no crime de perigo concreto, o risco deve ser comprovado. A acusação tem o dever de demonstrar que da conduta houve perigo real para vítima certa e determinada. No crime de perigo abstrato de perigosidade real, o risco ao bem jurídico tutelado deve ser comprovado, dispensando vítima certa e determinada. É indispensável a superação de um determinado risco-base ao bem jurídico protegido.

Vamos trabalhar essa discussão com o auxílio de um exemplo: sabemos que o crime de embriaguez ao volante - art. 306 do CTB - é de perigo. Mas de qual espécie?

Se de perigo abstrato (ou puro), basta a condução de veículo sob efeito de álcool, pois o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (haverá crime ainda que ausente a condução anormal do veículo).
Se de perigo concreto, deve ser comprovado que a conduta gerou risco (condução anormal do veículo), periclitando vítima certa e determinada.
Se de perigo abstrato de perigosidade real, exige-se a prova de condução anormal (rebaixando o nível de segurança viário), mas dispensa a demonstração de perigo para vítima certa e determinada. Sem essa perigosidade real para a coletividade, que é concreta, caracteriza mera infração administrativa.

Ainda no tocante ao crime de embriaguez ao volante, importante ressaltar o entendimento defendido por SCHMITT DE BEM e MARTINELLI, na obra "Lições Fundamentais de Direito Penal" (p. 143-144). Para os referidos autores, em uma perspectiva teleológica, portanto, deve-se interpretar o dispositivo sempre verificando a existência de um potencial perigo ao bem jurídico. Trata-se de "um critério material-individual, segundo o qual haverá que determinar se certo nível de ingestão de álcool ou de drogas influenciou realmente a condução do sujeito no caso concreto que se examina". Ressalta-se que a presente tese foi objeto de questionamento na prova para Delegado da PCPA, em 2016 *(vide item 5, questão 9)*.

a) Crime de embriaguez ao volante (art. 306, §1º)

Para a Sexta Turma do STJ (RESp 1582413/RJ) o crime de embriaguez ao volante é um crime de PERIGO ABSTRATO.

> Art. 306, CTB. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

No mesmo sentido é o crime de entregar a direção de veículo automotor à pessoa não habilitada:

- ✓ **Súmula 575 do STJ:** Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, **independentemente** da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.

b) Posse ou Porte de munição de arma de fogo

De acordo com o STJ (6ª Turma. HC 473.334/RJ – 2019), 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.

c) Art. 56, Lei de Crimes Ambientais

De acordo com o STJ (Info. 613/2017), o crime previsto no art. 56, caput, da Lei nº 9.605/98 é de perigo abstrato, **sendo dispensável a produção de prova pericial para atestar a nocividade ou a periculosidade dos produtos transportados, bastando que estes estejam elencados na Resolução nº 420/2004 da ANTT. Portanto para o STJ, apesar do crime ser concreto, ele tem aptidão abstrata (Crime de Perigo Abstrato-Concreto), ou seja, não precisa de perícia ou prova para comprovar a situação de perigo, a conduta per si teria aptidão para gerar um perigo concreto.**

> Art. 56, Lei nº 9.605/98. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

1.2.8 Quanto ao Número de Atos Executórios

I – Crimes unissubsistentes: o crime depende de apenas um ato de execução, capaz, por si só, de produzir a consumação. Não admitem tentativa.

II – Crimes plurissubsistentes: a conduta se exterioriza por meio de dois ou mais atos, que devem ser somados para produzir a consumação. Admitem tentativa.

1.2.9 Quanto à Forma pela qual a Conduta é Praticada

I – Crimes comissivos: são praticados mediante conduta positiva.

II – Crimes omissivos: são praticados por meio de uma conduta negativa, uma inação, podendo ser:

a) Omissivos próprios/puros: a omissão está contida no tipo penal, de modo que a descrição da conduta já prevê a realização do crime por meio de uma conduta negativa;

b) Omissivos impróprios/impuros/espúrios/comissivos por omissão: o tipo penal prevê em sua descrição uma ação, uma conduta positiva, mas a omissão do agente acarreta a produção do resultado naturalístico. São os casos de dever de agir previstos no art. 13, §2º, do CP.

III – Crimes de conduta mista: o tipo penal é composto de duas fases distintas: uma inicial e positiva; outra final e omissiva. Exemplo: crime de apropriação de coisa achada, no qual o agente encontra uma coisa perdida e dela se apropria, deixando de restitui-la ou entregá-la à autoridade competente no prazo de 15 dias.

1.2.10 Quanto ao Modo de Execução Admitido

I – Crimes de forma livre: admite qualquer meio de execução.

II – Crimes de forma vinculada: somente podem ser executados pelos meios indicados no tipo penal.

1.2.11 Quanto aos Bens Jurídicos Atingidos

I – Crimes mono-ofensivos: ofendem um único bem jurídico (furto).

II – Crimes pluriofensivos: ofendem dois ou mais bens jurídicos (latrocínio).

1.2.12 Quanto À Existência Autônoma Do Crime:

I – Crimes principais: possuem existência autônoma e independente de um crime anterior;

II – Crimes acessórios/parasitários/de fusão: somente existem se houver a prática de um crime anterior, como a receptação.

1.2.13 Quanto À Necessidade De Corpo De Delito Para A Prova Da Existência

I – Crimes transeuntes/de fato transitório: não deixam vestígios materiais.

II – Crimes não transeuntes: deixam vestígios materiais. Nesses crimes, a ausência do exame de corpo de delito leva à nulidade da ação penal, salvo quando impossível a sua realização.

1.2.14 Quanto ao Local de Produção do Resultado

I – Crimes à distância: a conduta e o resultado ocorrem em países diversos. O crime percorre territórios de dois Estados soberanos. Ex: Brasil e Argentina.

II – Crimes plurilocais: a conduta e o resultado se desenvolvem em comarcas diversas, dentro do mesmo país. Ex: comarcas de São Paulo, São Bernardo e Guarulhos

III – Crimes em trânsito: crime percorre territórios de mais de dois países soberanos. Somente parte da conduta ocorre em um país, sem causar lesão ou expor a situação de perigo bens jurídicos de pessoas que nele vivem, tendo país diverso como foco de produção do resultado. Ex: Brasil, Argentina e Uruguai.

1.2.15 Quanto ao Vínculo com outros Crimes

I – Crimes independentes: não estão ligados a outros delitos;

II – Crimes conexos: são crimes que estão interligados. Essa ligação pode ser penal ou processual penal. A conexão penal pode ser:

a) **Teleológica/ideológica:** um crime é praticado para assegurar a execução de outro delito;
b) **Consequencial/causal:** um crime é cometido na sequência de outro, com o propósito de ocultá-lo ou assegurar a vantagem ou a impunidade;
c) **Ocasional:** um crime é praticado como consequência da oportunidade proporcionada por outro delito. Ex.: estupro praticado após o roubo. Trata-se de criação doutrinária, sem amparo legal.

1.2.16 Quanto à Liberdade ou não para o Início da Persecução Penal

I – Crimes condicionados: a persecução penal depende de uma condição objetiva de procedibilidade. Essa condição deve estar prevista expressamente na norma penal.

II – Crimes incondicionados: a persecução penal pode ocorrer livremente, sem necessidade de autorização.

1.2.17 Quanto à Violação de Valores Universais

I – Crimes naturais: infringem valores éticos absolutos e universais, violando bens jurídicos indispensáveis à convivência harmônica em sociedade

II – Crimes plásticos: não ofendem valores universais, apesar de previstos em leis penais. São aqueles que, em razão do momento histórico e social, passa-se a sentir a necessidade de tipificação, como, por exemplo, os crimes cibernéticos.

III – Crimes vazios: são delitos plásticos que não protegem qualquer bem jurídico. Nem toda a doutrina concorda com a existência dessa espécie.

1.2.18 Quanto ao Potencial Ofensivo

I – Crimes de mínimo potencial ofensivo: não comportam pena privativa de liberdade.

II – Crimes de menor potencial ofensivo: a pena privativa de liberdade em abstrato não ultrapassa dois anos, cumulada ou não com multa – segue o rito do Jecrim (Lei 9.099/95).

III – Crimes de médio potencial ofensivo: a pena mínima não ultrapassa um ano, independentemente do máximo da pena privativa de liberdade cominada. São os que cabem a suspensão condicional do processo.

IV – Crimes de elevado potencial ofensivo: apresentam pena mínima superior a um ano, não sendo cabível a suspensão condicional do processo. Aplica-se na totalidade os institutos do Código Penal.

V – Crimes de máximo potencial ofensivo: recebem tratamento diferenciado pela Constituição Federal. São os crimes hediondos, o tráfico de drogas, a tortura, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional.

1.2.19 Quanto ao *iter criminis*

Por *iter criminis* entende-se o itinerário, o caminho do crime, isto é, todas as etapas da infração penal, desde o momento em que ela é uma ideia na mente do agente até sua consumação.

Diz-se ***consumado*** o crime **quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal** (CP, art. 14, I). O crime consumado também é chamado de crime perfeito. Diz-se ***tentado*** **quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente** (CP, art. 14, II). Também é chamado de **crime imperfeito**.

A *tentativa pode ser* ***branca/incruenta ou vermelha/cruenta****:*

- Considera-se branca/incruenta quando o objeto material (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta não é atingido). Não há efetiva lesão ao bem jurídico. Ex.:. Quando alguém lança uma pedra contra outra porém não consegue acertá-la, que se livrou sem ter sua incolumidade física afetada.
- Considera-se vermelha/cruenta quando o objeto material é atingido. Neste caso, há efetiva lesão ao bem jurídico. Ex.:. Um agente com a intenção de matar começa a golpear a vítima, deixando-a ferida, mas não prova sua morte em razão das chegadas dos policiais. (Para ajudar na memorização, pense no sangue da vítima: atingido o bem jurídico, a tentativa é vermelha).

Branca/incruenta	Vermelha/cruenta
Não há efetiva lesão ao bem jurídico	**Há efetiva lesão ao bem jurídico**

Crime falho: é sinônimo de tentativa perfeita, tentativa acabada. O sujeito praticou todos os atos da execução, mas não conseguiu consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Quase-crime: não há crime, o que há é um **crime impossível**, por **ineficácia** absoluta do meio ou por absoluta **impropriedade** do objeto. (CUIDADO PARA NÃO CONFUNDIR!)

Crime exaurido: é uma expressão utilizada sempre que, depois da consumação, o bem jurídico sofre novo ataque ou findam-se as suas consequências. Assim, no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), a privação da liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante é suficiente para a consumação do crime. Se os sequestradores receberem a vantagem indevida, exigida como condição ou preço do resgate, diz-se que o crime está exaurido.

O exaurimento não influencia na tipicidade, mas poderá servir como circunstância judicial desfavorável (art. 59, *caput*, CP), atuar como qualificadora (art. 329, §1º, CP) ou caracterizar causa de aumento de pena. Eventualmente, poderá configurar crime autônomo (Ex.: Após consumação do crime de sequestro, o agente decide estuprar a vítima).

1.2.20 Crimes de Impressão

São aqueles que provocam determinado estado de ânimo, de impressão na vítima. Subdividem-se em:

a) crimes de inteligência: praticados mediante o engano;

b) crimes de vontade: recaem na vontade da vítima quanto à sua autodeterminação;

c) crimes de sentimento: incidem nas faculdades emocionais da vítima.

1.2.21 Crimes de Colarinho Branco e Crimes de Colarinho Azul

I – Crimes de colarinho branco: são os crimes cometidos na órbita econômica, como a lavagem de dinheiro, praticado por quem, normalmente, teria condições de viver adequadamente sem o cometimento de crimes,

que gozam da elevada condição financeira e do poder dela decorrente. Geram as chamadas "cifras douradas" da criminalidade, vez que raramente são apurados e punidos.

II – Crime de rua ou crime de colarinho azul: de modo oposto aos crimes de colarinho branco, são aqueles praticados por pessoas economicamente menos favorecidas, em situações de vulnerabilidade. O nome se dá pelo fato de que essa é uma alusão aos operários norte-americanos no final do século XX, denominado e "blue collars". Quando não integram o conhecimento do Poder Público, constituem as "cifras negras" da criminalidade – ponto a ser melhor estudado em criminologia.

1.2.22 Outras Classificações

- **Crime gratuito:** é o crime praticado sem motivo conhecido. Não se confunde com motivo fútil, pois neste há motivação, porém, desproporcional ao crime praticado.
- **Crime de ímpeto:** é o cometido sem premeditação, decorrente de reação emocional repentina.
- **Crime de circulação:** é o praticado em veículo automotor, a título de dolo ou culpa.
- **Crime de atentado ou empreendimento:** É aquele em que a lei pune de forma idêntica o crime consumado e a forma tentada. Ou seja: não há diminuição da pena em face da tentativa. Ex.: crime de **Evasão mediante violência contra a pessoa.**

> Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa.

- **Crime de opinião ou de palavra:** cometido com excesso abusivo na manifestação do pensamento, seja pela forma escrita ou verbal.
- **Crime multitudinário**: é aquele praticado pela multidão, em tumulto. A lei não define o que seria multidão, assim, analisa-se o caso concreto. No direito canônico, exigia-se, no mínimo, 40 pessoas.
- **Crime internacional**: aquele que o Brasil, por tratado ou convenção devidamente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, se obrigou a reprimir. Ex.: art. 149-A do CP - tráfico de pessoas.
- **Crime de mera suspeita, sem ação ou mera posição:** o agente não realiza a conduta, mas é punido pela suspeita despertada em seu modo de agir. Sem reforço doutrinário. Não pode existir no ordenamento pátrio. Ex.: contravenção penal do art. 25 (posse de instrumento usual na prática de furto) – e, por isso, o STF a declarou não recepcionada pela Constituição.
- **Crime inominado**: é aquele que ofende regra ética ou cultural consagrada pelo Direito Penal, embora não definido como infração penal. Não é aceito por ferir o princípio da reserva legal.
- **Crime profissional:** é o crime habitual cometido com finalidade lucrativa. Ex.: art. 230 do CP (rufianismo).
- **Crime hediondo:** é todo delito que se enquadra no art. 1º da Lei 8.072/1990, na forma consumada ou tentada. Adoção do critério legal.
- **Crime de expressão:** é o que se caracteriza pela existência de um processo intelectivo interno do autor. Ex.: CP, art. 342 – falso testemunho.
- **Crime de ação violenta:** é o cometido mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Ex.: roubo.
- **Crime de ação astuciosa:** é o praticado por meio de fraude, engodo. Ex.: estelionato.

- **Crime putativo, imaginário ou erroneamente suposto:** aquele onde o agente acredita ter realmente praticado um crime, mas na verdade, houve um indiferente penal. Trata-se de um não-crime por erro de tipo, erro de proibição ou por obra de agente provocador.
- **Crime remetido:** é o que se verifica quando o tipo penal faz referência a outro crime, que passa a integrá-lo. Ex.: art. 304 do CP (uso de documento falso).
- **Crimes de responsabilidade:** dividem-se em próprios (crimes comuns ou especiais) e impróprios (infrações administrativas), que redundam em sanções políticas.
- **Crime de acumulação -** Visam proteger interesses supraindividuais. Analisando-se isoladamente cada conduta, a aplicação da repressão penal pode parecer desproporcional. No entanto, sua prática reiterada é lesiva e pode causar sérios prejuízos. Ex.: crimes contra o meio ambiente. Se alguém for encontrado pescando 1 peixe em local proibido, parece irrelevante para que seja considerado crime. Todavia, se diversas pessoas começarem a pescar por lá, haverá um desequilíbrio ambiental significativo da região. Com isso, o delito de acumulação traz ao intérprete a necessidade de analisar o fato sob esse aspecto, impedindo a aplicação do princípio da insignificância, via de regra.
- **Crimes parcelares**: são os crimes da mesma espécie que compõem a série da continuidade delitiva, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 71, caput, do Código Penal. Adota-se no Brasil a **teoria da ficção jurídica** – na qual os delitos parcelares são considerados, para fins de aplicação da pena, como um único crime.
- **Crime de catálogo (LEMBRAR DE LISTA TELEFÔNICA):** faz respeito aos delitos compatíveis com a interceptação telefônica, disciplinada pela Lei 9.296/1996, como meio de investigação ou de produção de provas durante a instrução em juízo.
- **Crime obstáculo:** é aquele que revela a tipificação de atos preparatórios, que, normalmente, não são punidos. A associação criminosa é um exemplo porque se pune a simples reunião de agentes para o fim de cometer crimes, independentemente de tais crimes virem a ocorrer.

2. SUJEITOS DO CRIME

a) Sujeito ativo: é a pessoa que pratica a infração penal. Qualquer pessoa física e capaz e com 18 anos completos pode ser sujeito ativo de crime.

*** ATENÇÃO: Pessoa jurídica** pode ser sujeito ativo de crimes?
A pessoa jurídica é um ente autônomo e distinto dos seus membros, dotado de vontade própria. Pode cometer crimes ambientais e sofrer pena. A CF/88 autorizou a responsabilidade penal do ente coletivo, objetiva ou não. Deve haver adaptação do juízo de culpabilidade para adequá-lo às características da pessoa jurídica criminosa. O fato de a teoria tradicional do delito não se amoldar à pessoa jurídica, não significa negar sua responsabilização penal, demandando novos critérios normativos. É certo, porém, que sua responsabilização está associada à atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa).

Conclusão: Tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica praticam crimes ambientais, podendo ser responsabilizadas administrativa, civil e penalmente.

STF (1ª Turma) – a denúncia pode imputar o fato criminoso, somente, a pessoa jurídica, principalmente nos casos em que não é possível identificar a pessoa física autora do comportamento indesejado ao meio ambiente.

Nesse sentido, é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. A jurisprudência não mais adota a chamada teoria da ***"dupla imputação"***.

STJ. 6ª Turma. RMS 39.173-BA, julgado em 6/8/2015 (Info 566).

STF. 1ª Turma. RE 548181/PR, julgado em 6/8/2013 (Info 714).

b) Sujeito passivo: É pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal. Pode figurar no sujeito passivo qualquer pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente indeterminado, a exemplo da coletividade e da família.

3. OBJETO DO CRIME

Subdivide-se em objeto jurídico e objeto material:

a) objeto jurídico: é o bem ou o interesse tutelado pela norma. Exemplos: no crime de aborto é a vida; no crime de roubo é o patrimônio; no crime de estupro é a liberdade/dignidade sexual.

b) objeto material: é a pessoa ou a coisa que foi atingida pela conduta criminosa. Exemplos: homicídio – a pessoa; furto – coisa subtraída. É possível que haja crime sem objeto material (ex.: falso testemunho).

4. ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME

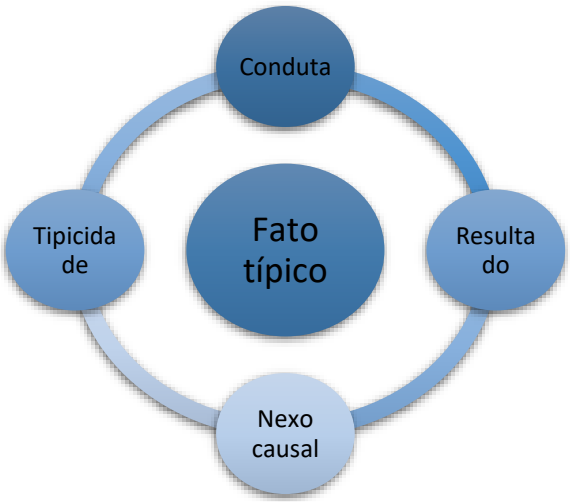
Vimos o conceito analítico de crime, que pode variar de acordo com o sistema adotado. Aqui, no entanto, vamos destrinchar esse conceito, abordando cada um dos elementos que podem compor o delito. E **lembre-se**: atenção máxima, sem deixar dúvidas para trás, pois é o tema mais cobrado em provas!

4.1 Fato Típico

Conceito: "o fato humano (ou também o fato praticado por pessoa jurídica, em relação aos crimes ambientais) que se enquadra com perfeição aos elementos descritos no tipo penal" (Masson, 2017, p. 243).

Ou seja, é a ação ou omissão humana que se amolda à conduta prevista na norma como infração penal.

- Elementos (via de regra, são 4): Conduta, Resultado, Nexo causal e Tipicidade.



Conduta e tipicidade: presentes em todos os crimes.

Resultado (naturalístico* - veremos melhor à frente) e nexo causal estão presentes apenas nos crimes materiais.

Começaremos pela conduta.

4.1.1 Conduta

Como tudo no Direito, há aqui uma diversificação de sistemas/teorias, sendo que, para cada um deles, há um conceito diferente de conduta, bem como há diversificações acerca da localização de determinados elementos na composição da estrutura do crime.

A culpabilidade, terceiro elemento do crime, também varia bastante de acordo com as teorias a seguir, de modo intimamente ligado à definição de conduta, razão pela qual optamos por explicá-las integralmente aqui. Quando chegarmos em culpabilidade, faremos apenas um resumo do essencial falado neste ponto, ok? Então atenção!

A) TEORIAS

I - Teoria causalista/mecanicista/naturalista/clássica/causal: (Franz Von Liszt, Belling e Radbruch) Crime é fato típico, ilícito e culpável, e a conduta seria elemento do fato típico.

- **Conduta**: movimento humano voluntário que produz alteração no mundo exterior; (conduta sem finalidade).

É considerado um **MODELO AVALORADO**, só permite elementos objetivos e subjetivos, de modo que **não permite elementos normativos (que exigem juízo de valor pelo intérprete).**

Ademais, teve influência no método científico/positivismo.

Teoria do tipo avalorado ou acromático: Não há qualquer relação prévia entre o fato típico e antijuridicidade. A teoria do tipo avalorado, expõe em relação entre a tipicidade e a antijuridicidade, nas lições de Zaffaroni: "Quanto à relação entre tipicidade e antijuridicidade. A teoria conhecida como teoria do tipo avalorado ou neutro ou acromático, afirma que a **tipicidade nada indica em relação à antijuridicidade**. **A finalidade do tipo penal é apenas descrever uma conduta criminosa de forma mais objetiva possível, ignorando outros elementos como a ilicitude e culpabilidade**. Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt: "**O tipo na concepção de Beling, esgota-se na descrição da imagem externa de uma ação determinada**". **CUIDADO**: Não confunda com DOLO acromático, pois aqui se refere a relação entre fato típico a antijuridicidade. O dolo acromático é do finalismo.

ATENÇÃO! Para a teoria causalista, a ação seria o mero processo causal que a vontade desencadeia no mundo exterior. Nessa concepção, a ação humana não possui conteúdo de vontade ou finalidade. A conduta é analisada por si só, sem elemento subjetivo. Desse modo, se alguém atropela um pedestre e lhe causa lesões que o levam à morte, praticou a conduta prevista no art. 121 CP, ou seja, praticou o fato típico de homicídio. A questão da intenção ou não de matar, por exemplo, só é analisada na culpabilidade. **O fato típico possui uma análise estritamente objetiva, descritiva.**

- Nesse sistema clássico o **dolo é normativo** (vontade + consciência + consciência atual da ilicitude). Não basta o agente querer ou aceitar o resultado / ele reclama o conhecimento que o comportamento é contrário ao direito. (o dolo está na culpabilidade)

Segundo a teoria causal, **o dolo causalista é conhecido como dolo normativo, pelo fato de existir no dolo, juntamente com os elementos volitivos e cognitivos, considerados psicológicos, um elemento de natureza normativa (real ou potencial consciência sobre a ilicitude do fato).**

Caiu na prova Delegado Federal – Segundo a teoria causal, o dolo causalista é conhecido como dolo normativo, pelo fato de existir, nesse dolo, juntamente com os elementos volitivos e cognitivos, considerados psicológicos, elemento de natureza normativa (real ou potencial consciência sobre a ilicitude do fato). **(item correto).**

- **Culpabilidade: TEORIA PSICOLÓGICA** – composta por:

A **CULPABILIDADE** seria o **VÍNCULO PSICOLÓGICO** entre o sujeito e o fato típico e ilícito. Esse vínculo pode ser representado tanto pelo dolo como pela culpa (que eram ESPÉCIES DA CULPABILIDADE).

a) imputabilidade (pressuposto)

b) dolo normativo ou culpa (espécies).

DOLO NORMATIVO: é aquele que traz em seu interior a consciência atual/real da ilicitude, ou seja, o agente pratica um comportamento sabendo que aquilo é contrário ao Direito.

A IMPUTABILIDADE, por sua vez, consiste na capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito da conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

IMPORTANTE: a imputabilidade era um PRESSUPOSTO para a culpabilidade. (não era um elemento, pois estava fora da culpabilidade).

- **Dolo e culpa** aqui são espécies de culpabilidade, pois permitem avaliar o vínculo psicológico entre o autor e a conduta – ou seja, não são analisados de pronto, na verificação do fato típico (dentro de "conduta"), mas tão somente no terceiro substrato do crime – a culpabilidade.
- **Problemas:**

  a) não explica os crimes omissivos (há necessidade de "movimento", ou seja, ação), tampouco os crimes formais e de mera conduta (vez que dependia de produção de resultado naturalístico);

  b) só faz a análise da finalidade do agente na culpabilidade, terceiro elemento do crime, inviabilizando que esta seja analisada desde logo (assim, para esse sistema, caso alguém pratique atos criminosos durante um episódio de sonambulismo, por exemplo, estes seriam considerados fatos típicos);

  c) é equivocado separar a conduta da relação psíquica do agente, não analisando sua vontade.
- Quem é clássico, é obrigatoriamente "**tripartida**" (falado anteriormente). Não pode ser "bipartida", já que dolo e culpa aqui só são analisados na culpabilidade, de modo que esta deverá então ser considerada elemento do crime, sob pena de haver responsabilidade penal objetiva.
- Foi abandonada com o tempo.

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE (Teoria psicológica)
Conduta (movimento humano voluntário que produz alteração no mundo exterior)	Relação de contrariedade entre o fato e o Direito	Imputabilidade (pressuposto)
Resultado naturalístico		***Dolo normativo (vontade + consciência + consciência atual da ilicitude) ou culpa. (espécies)***
Nexo causal		
Tipicidade		

II – Teoria Neokantista/Neoclássica/Teoria Causal-valorativa (base causalista): (Reinhart Frank) (Edmund Mezger)

O sistema neoclássico surgiu na Alemanha, no ano de 1907, pelos estudos de Reinhart Frank, que desenvolveu a teoria da normalidade das circunstâncias concomitantes (teoria da "evitabilidade"). Por essa teoria, só existe culpabilidade quando o agente imputável pratica o fato típico e ilícito em uma situação de normalidade, ou seja, quando lhe era exigível uma conduta diversa.

- **Conduta**: "**COMPORTAMENTO** humano voluntário causador de modificação no mundo exterior". – aqui conduta não é ação, mas comportamento, o que abrange tanto a ação quanto a omissão.

- **Dolo e culpa:** Permanecem na culpabilidade, **mas deixam de ser ESPÉCIES e se tornam ELEMENTOS DA CULPABILIDADE.**
- **O dolo continua sendo normativo (híbrido/colorido), pois** traz em seu interior a consciência atual/real da ilicitude.
- Como o modelo neoclássico é um modelo claramente valorativo, pois começa a fazer um juízo de valor nos elementos do crime, começam a surgir teorias que passam a reconhecer uma **relação entre o fato típico e a antijuridicidade** (a absoluta autonomia entre elas cai por terra – teoria do tipo avalorado). Nesse sentido, a antijuridicidade também ganha um aspecto normativo, que é a **danosidade social do fato** (o fato, além de ser ilícito, precisa ser danoso).

Surgem duas teorias principais para explicar a relação do fato típico com a ilicitude: o principal ponto em comum dessas teorias é: juntar/unir os substratos do fato típico e ilicitude em um único substrato (para que haja só um momento de análise).

❖ **TEORIA DA RATIO ESSENDI:**

De acordo com a Teoria da *Ratio Essendi*, o fato típico é a **RAZÃO DE SER** da ilicitude.

Crime não é fato típico, ilícito e culpável. Ele adota um conceito bipartido: o crime é um fato tipicamente ilícito e culpável. Ou seja: crime é formado por fato típico e culpabilidade.

❖ **TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO:**

Apesar de parecida com a teoria da *ratio essendi*, com ela não se confunde.

Temos o TIPO TOTAL DO INJUSTO, em que o crime é composto pelo **tipo total + culpabilidade**. E esse tipo total é dotado de duas faces, uma positiva e uma negativa:

(a) Face positiva – é chamada de **tipicidade provisória** (é o que nós conhecemos como tipicidade).

(b) Face negativa – é a **ausência dos elementos negativos do tipo** (o que nós conhecemos como causas excludentes da ilicitude – estado de necessidade legítima defesa, etc.).

Conclusão: Para essa teoria, os elementos negativos do tipo não podem estar no tipo penal, uma vez que a presença deles excluiria a própria tipicidade, pois compõem a face negativa do próprio tipo.

- A alteração se encontra na culpabilidade, que passa a contar com um terceiro elemento: **A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.**

- **Culpabilidade: TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA** – composta por três elementos:
  a) imputabilidade
  b) dolo normativo ou culpa
  c) exigibilidade de conduta diversa. (foi acrescentada!)

O autor Reinhart Frank desenvolveu a **Teoria da normalidade das circunstâncias concomitantes**, segundo a qual só há crime caso fosse exigível comportamento diferente do agente no caso concreto (exemplo: dificuldade financeira: a solução é trabalhar, não roubar/furtar) e coloca na culpabilidade um

terceiro elemento: a **exigibilidade de conduta diversa** (elemento normativo, por isso deixa de ser apenas "psicológica", analisando-se se foi uma conduta "normal").

Para essa teoria, a culpabilidade seria o juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito que poderia ter sido evitado.

A imputabilidade deixou de ser pressuposto da culpabilidade, dolo e culpa também deixaram de ser "espécies" e todos passaram a ser "elementos".

- ENTENDA: Como não há mais qualquer vedação para o ingresso do valor na teoria do crime, a culpabilidade passa a sofrer um influxo. Assim, a IMPUTABILIDADE (elemento normativo), que antes era um pressuposto na culpabilidade, se torna elemento da culpabilidade.
- Por ser "comportamento" aqui e não mais movimento, engloba crimes omissivos.
- Continua não explicando formais e de mera conduta, pela exigência da produção de modificação no mundo exterior.

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE (Teoria psicológico-normativa)
Conduta (comportamento humano voluntário que produz alteração no mundo exterior)	Relação de contrariedade entre o fato e o Direito	Imputabilidade (elemento)
Resultado naturalístico		Dolo normativo (vontade + consciência + consciência atual da ilicitude) ou culpa. (elementos)
Nexo causal		**Exigibilidade de conduta diversa** (elemento)
Tipicidade		

III – Teoria Finalista (prevalece): (Hans Wetzel – 1930, livro "O novo sistema jurídico penal"). A conduta também está no fato típico.

- **Conduta**: comportamento humano voluntário, **psiquicamente dirigido a um fim.**
- **Dolo e culpa: Migram da culpabilidade para o fato típico (dentro do elemento "conduta" – ou seja, estruturalmente, não mudaram os elementos do fato típico).**
- **O dolo deixa de ser normativo e passa a ser natural:** Retirou-se de sua análise o elemento normativo ("consciência **atual** da ilicitude"), constituindo este um elemento similar autônomo da culpabilidade: "**potencial** consciência da ilicitude" (ou seja, a consciência da ilicitude deixou de ser atual para se tornar potencial. Permanece em sua análise apenas a vontade (elemento volitivo) e a consciência (elemento cognitivo).

Obs.: Dolo natural também pode ser chamado de neutro, sem cor, acromático.

- O potencial conhecimento da ilicitude não integra o dolo, mas sim a culpabilidade.

Caiu em prova Delegado SP/2023! Teoria do Delito: especificamente com relação ao elemento subjetivo do tipo penal, o CP prevê a possiblidade de dolo ou culpa. **(item correto).**

Nesse modelo, temos a Teoria da **RATIO COGNOSCENDI ou TEORIA DA INDICIARIEDADE** para explicar a relação entre o fato típico e a ilicitude:

Essa teoria diz que **o fato típico é a RAZÃO DE CONHECER da ilicitude** (na *ratio essendi* era razão de SER). Ou seja: fato típico é **INDÍCIO/PRESUNÇÃO** da ilicitude

Essa **presunção é relativa**, podendo ser afastada pela prova em contrário de causa excludente da ilicitude **(presunção iuris tantum).**

- Culpabilidade: **TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE**. Agora não há mais elementos psicológicos na culpabilidade (dolo e culpa), mas apenas normativos. A isto a doutrina deu o nome de **"CULPABILIDADE VAZIA",** pois foi esvaziada em relação aos elementos psicológicos.

  A culpabilidade passa a ser formada por:

  1) Imputabilidade
  2) Potencial Consciência da ilicitude
  3) Exigibilidade de Conduta diversa

A "retirada" do dolo da culpabilidade fez com que esta passasse a ser restrita a elementos exclusivamente normativos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude (retirada do dolo, que se torna natural e não mais híbrido) e a exigibilidade de conduta diversa – eis a *teoria normativa pura da culpabilidade*.

- No exemplo do sonambulismo, aqui não haveria fato típico, vez que o comportamento não foi psiquicamente dirigido a esta finalidade, vez que não houve dolo ou culpa, agora analisados na conduta.
- Finalistas podem ser bipartites ou tripartites porque aqui o dolo e a culpa estão na conduta e não na culpabilidade. Então, a culpabilidade pode ser tanto elemento do crime, como pressuposto de aplicação da pena.
- Explica crimes omissivos (comportamento), bem como os formais e de mera conduta (não há mais a necessidade de modificação no mundo exterior, mas que o comportamento seja psiquicamente dirigido a um fim).
- Falha: a) não explica crimes culposos; b) centralizou-se no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado.
- A doutrina entende que foi a adotada pelo CP, vez que, tendo em vista que no artigo 20, a ausência de dolo vai acarretar a exclusão do fato típico, é porque o dolo está na conduta.

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE (Teoria normativa pura)
Conduta (comportamento	Relação de contrariedade entre o	Imputabilidade

humano voluntário, psiquicamente dirigido a um fim.) * **Dolo e culpa** integram a conduta (dolo natural)	fato e o Direito	(elemento)
Resultado naturalístico		Exigibilidade de conduta diversa (elemento)
Nexo causal		**Potencial consciência da ilicitude** (elemento)
Tipicidade		(Aqui a culpabilidade é **vazia**)

TEORIA CIBERNÉTICA: Wetzel criou esta teoria para compatibilizar o finalismo com os crimes culposos. Ele dizia aqui que a conduta seria a ação biociberneticamente antecipada, preocupando-se com o controle da vontade do agente, existente tanto nos crimes dolosos quanto culposos.

Para ele, tanto alguém que mata no intuito de efetivamente matar, quanto alguém que mata por uma atitude imprudente, possuiriam o controle da vontade em relação a ação que estariam praticando. **(essa concepção dá enfoque a conduta sobre qual o ser humano possui o domínio).**

Na esquematização de Zaffaroni: 1) o agente se propõe a um fim; 2) seleciona, em sua mente, os meios necessários para atingir fim (plano); 3) põe em funcionamento a causalidade e 4) a causalidade produz o resultado.

IV – TEORIA FINALISTA DISSIDENTE: É a bipartite, em que a culpabilidade seria pressuposto de aplicação da pena. Logo, crime seria fato típico + ilícito, apenas.

☞ **Outras teorias que tratam da conduta / ação:**

V – TEORIA SOCIAL DA AÇÃO: É tripartite, estando a conduta no fato típico. A conduta seria comportamento humano voluntário dirigido a um fim socialmente relevante.

Ou seja: Essa teoria explicava a ação, não com base na finalidade e nem em relações de causa e efeito (explicações física-naturalística), mas com base na **RELEVÂNCIA SOCIAL DA CONDUTA.**

Crítica: não há definição clara do que seria "socialmente relevante".

VI – CONCEITO PESSOAL DE AÇÃO (ROXIN)

Para Roxin, o conceito de ação é a **MANIFESTAÇÃO DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO.** Abrange todo acontecimento atribuível ao centro de ação psíquico-espiritual do homem

CRÍTICA: Há uma generalização sobre o que efetivamente venha a ser manifestação da personalidade.

VI – TEORIA FUNCIONALISTA (FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO): (Roxin) A conduta seria comportamento humano voluntário, orientada pelo princípio da intervenção mínima, causadora de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Adota-se a Teoria personalista da ação: base metodológica, influência do pensamento de Claus Roxin. Ou seja, proteção dos bens jurídicos relevantes.

VII – FUNCIONALISMO SISTÊMICO OU RADICAL: (Jakobs) É tripartite. A conduta seria comportamento humano voluntário causador de resultado evitável, violando o sistema, frustrando as expectativas normativas. Adota a Teoria da evitabilidade individual: base metodológica, influência do pensamento de Jakobs. Ou seja, garantia da vigência da norma.

- **Dolo e culpa:** Permanecem no fato típico.
- **Serve de base para o DIREITO PENAL DO INIMIGO.**

B) CARACTERÍSTICAS DA CONDUTA

Não há crime sem conduta (o ordenamento jurídico brasileiro não admite os crimes de mera suspeita).

Consequência prática: Foi decidido pelo Plenário do STF (RE 583.523), que o art. 25 da Lei das Contravenções Penais não foi recepcionado pela Constituição.

> Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima

Apenas o ser humano pode praticar condutas penalmente relevantes (salvo pessoas jurídicas em crimes ambientais.

Apenas a conduta voluntária interessa ao Direito Penal (vontade é elemento do dolo, que é elemento da conduta no finalismo).

Apenas os atos exteriorizados no mundo ingressam no conceito de conduta (a mera cogitação não é punível). Segundo Nelson Hungria, o direito penal só pode agir quando a intenção criminosa sai do claustro psíquico do agente e se projeta no mundo.

C) FORMAS DE CONDUTA: AÇÃO X OMISSÃO

I. Crime comissivo (ação): É movimento corporal exterior, postura positiva. O agente infringe um tipo proibitivo, realizando a conduta vedada.

II. Crime omissivo: Conduta de não fazer o que poderia ser feito, postura negativa. O agente deixa de agir de acordo com o determinado por lei.

Obs.: Temos ainda os Crimes de conduta mista, que vimos nas classificações, que é aquele que possui uma parte inicial praticada por ação e uma parte final praticada por omissão (ex.: apropriação de coisa achada, art. 169, parágrafo único, II, CP).

- **TEORIAS SOBRE A OMISSÃO:**
  - **Naturalística:** A omissão é fenômeno causal, sendo verdadeira espécie de ação. Quem se omite, FAZ efetivamente alguma coisa, por produzir resultado no mundo dos fatos.
  - **Normativa (Adotada no CP):** A omissão é determinada pela lei. Só será relevante ao direito penal a omissão quando a lei impunha uma ação diante da inércia do agente.

ESPÉCIES DE CRIMES OMISSIVOS:

OMISSIVOS PRÓPRIOS (PUROS)	OMISSIVOS IMPRÓPRIOS (ESPÚRIOS / COMISSIVOS POR OMISSÃO)
Dever genérico de agir (recai sobre todos indistintamente) – crimes comuns.	Dever específico de evitar o resultado (recai sobre as pessoas do art. 13, §2º, CP – os **"garantes"**) – crimes próprios.
Subsunção direta entre fato e norma. Omissão descrita no próprio tipo penal.	Subsunção indireta entre fato e norma. O tipo descreve uma ação, mas a inércia do agente, descumprindo seu dever de agir (art. 13, §2º, CP), leva à produção do resultado naturalístico.
NÃO admitem tentativa, são unissubsistentes.	Admitem tentativa, são plurissubsistentes.
Via de regra, são de mera conduta, mas o STF tem decisão dizendo que excepcionalmente podem ser materiais.	Via de regra, são crimes materiais.
Ex.: Omissão de socorro (art. 135, CP).	Ex.: salva-vidas que, podendo, deixa de impedir um afogamento e a pessoa morre.

Crimes de "olvido" (ou de esquecimento) é o nome dado aos crimes omissivos impróprios culposos, ou seja, nos casos em que a omissão do garantidor ocorrer por culpa. Aproveitando o exemplo do afogamento, o salva-vidas não impediu aqui por estar beijando a namorada, por exemplo.

Jurisprudência pertinente: O representante legal de sociedade empresária contratante de empreitada não responde pelo delito de desabamento culposo (art. 256, parágrafo único, do CP) ocorrido na obra contratada, quando não demonstrado o nexo causal, tampouco pode ser responsabilizado, na qualidade de garante, se não havia o dever legal de agir, a assunção voluntária de custódia ou mesmo a ingerência indevida sobre a consecução da obra. STJ. 6ª Turma. RHC 80.142-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 28/3/2017 (Info 601).

CAIU NA PROVA DELEGADO - CEBRASPE – PCRJ – (2022)

Durante a pandemia, Tadeu descumpriu levianamente regras determinadas pelas autoridades sanitárias, tendo frequentado festas e deixado de usar equipamentos de proteção individual em diversos momentos. Depois de apresentar sintomas de covid-19, buscou atendimento hospitalar. Ao ser avaliado pelo médico, Geraldo, verificou-se a necessidade de internação de Tadeu, com o uso de respirador artificial. Havia apenas um respirador na região, o qual foi disponibilizado a Tadeu. De acordo com o prognóstico médico, caso não fizesse uso do aparelho, Tadeu provavelmente morreria, mas com o tratamento adequado poderia obter plena recuperação em algumas semanas. Nesse mesmo dia, deu entrada no hospital, também vítima de covid-19, o paciente Jeferson, que havia adotado todas as precauções necessárias para evitar a contaminação, mas ainda assim contraíra o vírus. Seu quadro clínico é idêntico ao de Tadeu e o prognóstico é o mesmo. No entanto, não havia outro respirador artificial no hospital nem em unidades de saúde próximas, não existindo possibilidade de transferi-lo. A única solução seria retirar Tadeu do aparelho e submeter Jeferson ao tratamento, o que Geraldo se negou a fazer, oferecendo outros cuidados a Jeferson. Não obstante os esforços de Geraldo, Jeferson morreu em algumas horas, o que poderia ser evitado pelo uso do respirador. Nessa situação hipotética, Geraldo:

A-responderá pelo resultado morte, pois a ponderabilidade da vida deve levar em consideração o contexto em que ocorreu a contaminação.
B-não responderá pelo resultado morte, pois o dever de omissão prepondera sobre o dever de ação.
C-não responderá pelo resultado morte, pois agiu sem potencial consciência da ilicitude de seu comportamento.
D-não será punido pelo resultado morte, pois há uma hipótese de escusa absolutória determinada pela inevitabilidade do resultado em relação a um dos pacientes.
E-responderá pelo resultado morte, pois a pessoa salva realizou a autocolocação em risco, devendo ter sido priorizado o atendimento ao outro paciente.

COMENTÁRIO

Questão complexa e de banca própria conforme é tradição nos concursos do Rio de Janeiro.

Ao garantidor cabe agir quando é impelido pelo ordenamento jurídico, nos termos do § 2º, do artigo 13, do Código Penal, **mas a sua atuação só pode-lhe ser exigida quando, no caso concreto, tiver meios para agir**. No caso narrado, Geraldo não podia agir, na medida em que não havia recursos médicos disponíveis, não cabendo-lhe levar em consideração os motivos, causas e o contexto da contaminação do paciente que já estava sob os seus cuidados médicos.

Alheia à discussão sobre a natureza jurídica da **COLISÃO DE DEVERES (causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, estado de necessidade especial ou causa supralegal de excludente de ilicitude)**, o médico não responderá. Isso porque, independente da natureza jurídica adotada na colisão de deveres, é correto que o dever de omissão prepondera sobre o de ação. Ou seja, o médico não pode retirar o respirador de um paciente e colocá-lo no outro (deve se omitir), quando os dois bens jurídicos vida colidem.

(...) Cabe, finalmente, consignar a colisão entre um dever de atuar e um dever de omitir-se, no caso de bens de mesma hierarquia. Nesta hipótese, goza de preferência o dever de omissão. Utilizando exemplo de Jescheck, um médico, encontrando conectada a uma única máquina de coração e pulmão de um hospital a um paciente sem esperança, poderia abster-se de retirá-la deste paciente para conectá-la a um ferido grave, recém-chegado, que tivesse boas expectativas de sobreviver. Para o autor, não se trata de nenhuma justificativa quanto ao dever de atuar infringido, mas sim de considerar os deveres como equivalentes. (...) (BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Crimes omissivos impróprios. Belo Horizonte: Del Rey, 1996)

Complementando sobre o tema:
(...) De acordo com G. Jakobs, quando coincidirem um dever de conduta (mandamento) e um dever de omissão (proibição), este último prevalece, pois, ao titular do interesse favorecido pelo dever de conduta não pode exigir uma tolerância da conduta interventora que o beneficia até que, segundo os princípios gerais, deixe de existir o dever de omissão (a proibição). Ou seja, somente quando a vítima da intervenção, segundo os princípios gerais, tem o dever de tolerar é que o mandamento se concretiza, de fato, em dever. Exemplo: um garantidor que, em uma situação de perigo, somente pode preservar a vida de seu protegido matando um terceiro envolvido somente se comporta licitamente quando omite a conduta. (...) (SILVA, André Vinicius Coutinho da. A colisão de deveres no Direito Penal. Rio de Janeiro, 2010. fl. 34)

GABARITO: B

Questão de prova: Vunesp/Delegado RR 2022 (não aplicada)
A respeito dos crimes omissivos, é correto afirmar que
(A) são necessariamente punidos de forma mais branda que os crimes comissivos.
(B) no ordenamento penal brasileiro, são somente aqueles em que o tipo penal específico evidencia um não fazer.
(C) os crimes omissivos impróprios são necessariamente crimes de resultado naturalístico.
(D) os crimes omissivos próprios são crimes próprios de garantes, isto é, pessoas que possuem o dever legal de evitar o resultado.
(E) os crimes omissivos impróprios consumam-se com a mera abstenção do comportamento exigido
Gabarito DD: letra C
Os crimes omissivos impróprios/impuros/comissivos por omissão são aqueles que exigem resultado naturalístico e se caracterizam pela não execução (omissão) da conduta esperada para se evitar o resultado.
São pressupostos:
- dever jurídico específico de agir para evitar o resultado;
- resultado deve ser evitável pela ação do agente;
- o agente deve ter a possibilidade de agir para evitar o resultado;
- ocorrência do resultado que devia ser evitado.

D) CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CONDUTA

- **Caso fortuito** (ação humana) **e força maior** (natureza) são acontecimentos imprevisíveis e inevitáveis, que escapam ao controle da vontade. Sem vontade não há conduta. Obs.: A depender da corrente adotada, esses conceitos podem ser encontrados invertidos – caso fortuito como ação da natureza etc.
- **Movimentos reflexos:** Reações corporais automáticas, as quais independem da vontade do ser humano. São reações fisiológicas, que decorrem da provocação dos sentidos. Não se confundem com:
    - **Ações em curto circuito**, que derivam de uma explosão emocional repentina (há conduta e crime).
    - **Atos habituais**: realizados pela pessoa repetidamente, mesmo que contrários ao ordenamento jurídico – há vontade. Lembrando que hábito e costume são diferentes, vez que o hábito (dirigir falando ao celular) se faz por repetição por vontade do agente e o costume, embora também haja repetição, é porque se acredita na obrigatoriedade.

- **Coação física irresistível (*vis absoluta*)** – O agente é fisicamente controlado pelo coator, de modo que não há vontade. Exclui o dolo e, por conseguinte, a tipicidade. Ex.: Thiago aperta o dedo de Ana contra o gatilho para matar alguém. Mas atenção: aqui a coação deve ser física. Se for moral irresistível (*vis compulsiva*) a situação é de inexigibilidade de conduta diversa. Há vontade, vez que o agente decide se obedece ou não, mas é uma vontade viciada. Exclui a culpabilidade.
- **Sonambulismo e hipnose:** os atos são praticados em estado de inconsciência, de modo que se não há consciência, não há dolo e, consequentemente, não há conduta.
- **Embriaguez letárgica**
    - Santiago Mir Puir e Grande parte da doutrina - hipótese de ausência da conduta.
    - Bittencourt - é um transtorno mental transitório que, como tal, deveria ser tratado. Dessa forma, deveria ser analisado como uma hipótese de exclusão da imputabilidade, e não como ausência de conduta.

Quando o indivíduo se coloca deliberadamente em estado de inconsciência?

R.: Teoria da *Actio Libera in Causa*. Em regra, essa teoria é estudada no estudo da imputabilidade, na culpabilidade. Porém a doutrina vem estendendo essa teoria também para a conduta para verificar a relevância penal dessa conduta. Isso porque, no momento que se pratica a conduta, o indivíduo não tem qualquer domínio do que está praticando, de modo que não poderia sequer ser considerada conduta.

Mas aplicando a teoria da *actio libera in causa*, se transporta o momento de análise dessa conduta, não para o ato praticado, mas para o ato anterior, que foi o ato em que o indivíduo se colocou em estado de inconsciência, sempre dolosamente ou culposamente.

Assim, pela aplicação da teoria da *actio libera in causa*, se o indivíduo se colocou culposa ou dolosamente em estado de inconsciência, haveria sim a existência da conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Direito Penal – Parte Geral – Volume 1 – 13ª edição – Cleber Masson;
- Sinopse nº 1 – Direito Penal – Parte geral – 7ª edição – Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo;
- Manual de Direito Penal – Parte geral – 7ª edição – Rogério Sanches Cunha.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL: LEI DO JECRIM

ARTIGOS MAIS IMPORTANTES RELACIONADOS AO TEMA
CRFB/88 • Art. 24, incisos X e XII, da CRFB; • Art. 98, da CRFB/88. **LEI N. 9.099/95** • Art. 2°; • Art. 41; • Art. 60; • Art. 61; • Art. 62; • Art. 63; • Art. 65 e §1°; • Art. 69; • Art. 72; • Art. 74; • Art. 76; • Art. 77; • Art. 82; • Art. 90-A; • Art. 94; **LEI N. 10.741/03** • Art. 94, Lei n° 10.741/03

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Os Juizados Especiais integram o Poder Judiciário, com amparo em norma constitucional de eficácia limitada, definidora de princípio institutivo, como se depreende da leitura do art. 98 da Constituição.

> Art. 98, CR. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Em suma, a CF prevê o seguinte:

- ✓ Infração de menor potencial ofensivo;
- ✓ Procedimento oral e sumaríssimo;
- ✓ Transação penal;
- ✓ Julgamento dos recursos por turmas de primeiro grau.

2. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.099/95

Quando a Lei dos Juizados entrou em vigor, parte da doutrina a criticou, alegando a sua inconstitucionalidade, isso porque a referida lei permite a transação penal envolvendo bem de natureza indisponível, qual seja, a liberdade de locomoção.

Apesar das críticas, o STF entendeu pela constitucionalidade da Lei nº 9.099/95, ressaltando que as inovações do referido diploma legislativo prestigiam a aplicação do princípio da intervenção mínima, devendo, inclusive, retroagir. Vejamos:

> STF: "(...) LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade

virtual e, também, de incidência imediata". (STF, Pleno, Inq. 1.055/ QO/AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/04/1996).

3. JURISDIÇÃO CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL

Antes de adentrar aos aspectos da Lei, vejamos as principais diferenças entre a jurisdição consensual e conflitiva no Processo Penal:

JURISDIÇÃO CONSENSUAL	JURISDIÇÃO CONFLITIVA
Criada pela Lei nº 9.099/95.	Tradicionalmente trabalhada pelo CPP.
Infrações de **Menor** e de **Médio** Potencial Ofensivo.	Infrações de **Maior** Potencial Ofensivo.
Trabalha com a busca do **consenso** entre o autor do delito e o titular da ação penal. O MP (principalmente) e o autor do delito sentarão à mesa para buscar um consenso.	São colocados em lados opostos acusação e defesa. Exceção: Hoje, mesmo na jurisdição conflitiva, há o instrumento da **colaboração premiada e do acordo de não persecução penal (introduzido pelo Pacote Anticrime)** como instrumentos interessantes de busca de consenso na Jurisdição Conflitiva.
Tem como objetivo principal a busca da **reparação dos danos sofridos pela vítima** (a vítima no processo penal sempre foi a pessoa mais esquecida e ignorada).	A pena buscada é a **privativa de liberdade.** Em certas situações pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa.
Busca a aplicação de **pena de multa** ou de **penas restritivas de direito.**	
Mitigação dos princípios da **obrigatoriedade** e da **indisponibilidade** da ação penal pública. A doutrina se refere aqui à adoção do princípio da **discricionariedade regrada.**	Vigoram os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública. Não há muito espaço para discricionariedade do MP.

Nesse sentido, é possível notar que os Juizados Especiais Criminais foram criados com as seguintes finalidades:

- ✓ Acelerar a prestação jurisdicional;
- ✓ Revitalizar a figura da vítima;
- ✓ Estimular a solução consensual dos conflitos.

É importante ressaltar que o tema está diretamente atrelado às velocidades do Direito Penal (objeto de cobrança na 2ª fase da Prova de Delegado de Polícia do Espírito Santo em 2019).

3.1 Velocidades do Direito Penal

A doutrina do professor José Maria Silva Sanches, preconiza que existem 4 maneiras de atuação da tutela penal, sendo esse conceito muito pertinente à temática da lei dos juizados especiais, justamente por ela ser exemplo claro do que convencionou chamar de **segunda velocidade do direito penal**.

Dessa forma, podemos definir as velocidades como:

→ **O Direito Penal de 1ª velocidade –** Caracterizado pelo respeito às garantias constitucionais clássicas. Aqui temos a pura e simples essência do Direito Penal que é a aplicabilidade de **penas privativas de liberdade,** como última razão, combinadas com garantias. O Direito Penal é representado pela "prisão", mantendo rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais.

→ **O Direito Penal de 2ª (segunda) velocidade ou Direito Penal reparador** – caracterizado pela **substituição da pena de prisão por penas alternativas** (penas restritivas de direito, pecuniárias, etc.) que delimitam a vida do criminoso e impõem obrigações, proporcionalmente ao mal causado. Aqui há uma relativização das garantias penais e processuais.

💣	**É nesse contexto/nessa velocidade que se encontra a Lei nº 9.099/95.**

→ O **Direito Penal de 3ª (terceira) velocidade** ficou marcado pelo resgate da pena de prisão por excelência, além de **flexibilizar e suprimir diversas garantias penais e processuais penais.** Trata-se de uma mistura entre as velocidades acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade (Direito Penal de 1ª velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (Direito Penal de 2ª velocidade).

→ A **4ª (quarta) velocidade do Direito Penal** está ligada ao Direito Internacional. Para aqueles que ostentaram a posição de Chefes de Estado e, como tais, violaram gravemente tratados internacionais de tutela de direitos humanos, serão aplicadas as normas internacionais.

4. CRITÉRIOS/PRINCÍPIOS ORIENTADORES E FINALIDADES DOS JUIZADOS

Estão previstos no art. 2º e 62 da Lei, *in verbis*:

> Art. 2º, Lei nº 9.099/95. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.
>
> Art. 62, Lei nº 9.099/95. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Em função da natureza das infrações (infrações de menor potencial ofensivo), bem como da busca por efetivar a criação de um modelo de justiça penal consensual, desformalizado e com foco na conciliação, foram adotados critérios específicos, que funcionam como princípios norteadores do processo no juizado especial criminal.

💣 **Fique atento!** Os critérios de orientação, além de serem constantemente objeto de cobrança das etapas objetivas de provas para as carreiras policiais, foram cobrados em etapa subjetiva (2ª Fase de Delegado do Espírito Santo/2019), de modo que é importante jogar luz em seus conceitos

a) ORALIDADE – Significa que todo o procedimento deve ter forma verbal em detrimento a forma escrita.

> Art. 77, Lei nº 9.099/95. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta lei (transação penal), o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, **DENÚNCIA ORAL**, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.
>
> **Obs.: A denúncia oral será reduzida a termo**.

O princípio da oralidade traz 4 importantes desdobramentos **(i) concentração** (audiência una); **(ii) imediatismo** (o juiz proceder diretamente à colheita de todas as provas, em contato imediato com as partes); **(iii) irrecorribilidade das decisões interlocutórias** (é possível o questionamento em preliminar em futura apelação; em sede *Habeas Corpus;* ou ainda, nos moldes do art. 399, §2º, do CPP); **(iv) princípio da identidade física do juiz.**

b) SIMPLICIDADE – O critério em questão preconiza que todo o procedimento, tanto os atos jurisdicionais quanto os atos das partes devem ter forma simples, acessível, de modo a ser compreendido por todos os personagens do processo, deixando de lado o formalismo típico da linguagem jurídica.

Podemos citar como exemplo desse princípio o §1º do art. 77 da Lei, que dispensa tanto o inquérito policial (lembrando que o caráter dispensável do IP também é previsto no CPP), como a dispensa do exame de corpo de delito (imprescindível no CPP).

> Art. 77, Lei nº 9.099/95. (...) § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

OBS.: Uma primeira corrente, em atenção ao princípio da simplicidade, defende a desnecessidade do exame de corpo de delito não apenas para o oferecimento da denúncia, mas também para a prolação de sentença. Já uma segunda corrente, com fundamento no art. 158 do CPP, entende que a dispensa do ECD é admitida apenas para o oferecimento da denúncia, mas o exame será indispensável para a sentença.

c) INFORMALIDADE – Consiste na prática de atos de maneira desburocratizada, com menor atenção às formalidades impostas pelo legislador.

> Art. 65, Lei nº 9.099/95. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.
> § 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.
> § 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.
> § 3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente.

d) ECONOMIA PROCESSUAL – entre duas alternativas válidas, deve-se priorizar aquela que for menos onerosa ao Estado e às partes.

e) CELERIDADE – Um metacritério que é a junção finalística de todos os anteriores, uma vez que todos eles têm como objetivo a criação de um processo mais célere.

5. COMPETÊNCIA DO JECRIM

A competência dos juizados especiais criminais é fixada com base em dois critérios:

1) A natureza da infração penal (infrações de menor potencial ofensivo);
2) A inexistência de circunstância que desloquem a competência para o juízo comum, quais sejam:
   - ✓ Conexão e continência;
   - ✓ Impossibilidade de citação pessoal do acusado;
   - ✓ Complexidade da causa (número de acusados; prova pericial).

Por sua vez, os crimes de potencial ofensivo são definidos a partir da sua pena máxima em abstrato, ou de possuírem natureza de contravenção penal, como orienta a legislação em comento.

> Art. 61, Lei nº 9.099/95. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as **contravenções penais** e os crimes a que a lei comine pena **máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa.

Caiu em prova Delegado RR/2022! Sobre o procedimento comum ordinário, sumário e sumaríssimo (juizado especial criminal), é correto afirmar que: No procedimento sumaríssimo, em caso de complexidade, em sendo o feito remetido ao juízo comum, prosseguirá sob o rito sumário. **(item correto).**

Infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e crimes com **pena máxima não superior a 2 anos**, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial, excluídas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Qualificadoras, privilégios, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição entram no cômputo dos 2 anos?

R.: Agravantes e atenuantes não são levadas em consideração, pois a lei não estabelece qual é o *quantum* de aumento ou diminuição nesses casos. Lado outro, **qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição são levados em consideração**. Deve-se atentar para as causas de aumento e para a de diminuição, pois há um *quantum* de aumento/diminuição que varia. Ex.: "aumenta-se a pena de 1/6 a 1/2".

Atenção: o conceito de IMPO (infração de menor potencial ofensivo) fala em crimes **com pena máxima não superior a 2 anos**. Por isso deve sempre ser buscada a pena máxima possível em relação àquele delito naquele caso concreto. Por isso, em se tratando de uma causa de aumento de pena, deve-se buscar o *quantum* que mais aumente a pena. No caso de uma causa de diminuição de pena, utiliza-se o *quantum* que menos diminua a pena.

Veja Jurisprudência em teses do STJ (edição nº 96) sobre o tema:

> 10) Na hipótese de apuração de delitos de menor potencial ofensivo, deve-se considerar a soma das penas máximas em abstrato em concurso material, ou, ainda, a devida exasperação, no caso de crime continuado ou de concurso formal, e ao se verificar que o resultado da adição é superior a dois anos, afasta-se a competência do Juizado Especial Criminal.

Natureza da competência dos juizados:

1ª corrente (minoritária): a competência dos Juizados é absoluta, pois tem natureza constitucional. É o entendimento de Mirabete, Ada e Gustavo Badaró.

2ª corrente (majoritária): a competência dos Juizados é de natureza relativa, tanto que se admite sua modificação. É a posição de Pacelli e também do STF.

> Os Juizados Especiais Criminais são dotados de competência relativa para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, razão pela qual se permite que essas infrações sejam julgadas por outro juízo com *vis atractiva* para o crime de maior gravidade, pela conexão ou continência, observados, quanto àqueles, os institutos despenalizadores, quando cabíveis. STF. Plenário. ADI 5264/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 4/12/2020 (Info 1001).

5.1 Estatuto do Idoso

> Art. 94, Lei n° 10.741/03. "Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento

> previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (Vide ADI 3.096-5 - STF)"

O STF, na ADI 3.096, entendeu que o art. 94 da Lei n° 10.741/03 **não criou novo conceito de infração de menor potencial ofensivo.** Na verdade, se o crime não tiver pena máxima superior a 4 anos, **aplica-se a ele apenas o procedimento comum sumaríssimo da Lei dos Juizados e não os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.**

O Estatuto do Idoso veio para proteger o idoso, e por isso seria incompatível entender que haveria um alargamento do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Em resumo:

Pena máxima < 2 anos	Pena máxima >2 anos < 4 anos	Pena máxima > 4 anos
Se o crime previsto no Estatuto do Idoso tiver pena máxima não superior a dois anos, será considerado infração de menor potencial ofensivo e "vai para o Juizado".	Se o crime previsto no Estatuto do Idoso tiver pena máxima superior a dois anos, mas que não ultrapasse 4 anos, aplica-se o art. 94, o que significa que será julgado pela vara comum, mas aplicando o procedimento sumaríssimo.	Se o crime previsto no Estatuto do Idoso tiver pena máxima superior a quatro anos, é da competência da Vara Comum, sendo aplicado o procedimento comum ordinário.

5.2 Acusados com Foro por Prerrogativa de Função:

Esses acusados têm direito aos institutos despenalizadores da Lei n° 9.099/95, mas obviamente não serão julgados pelos Juizados. É óbvio que o deputado federal, por exemplo se praticar a infração durante o exercício do cargo e relacionada às funções desempenhadas (STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018), não é julgado pelos Juizados (mas no STF), mas este fato não é obstáculo à aplicação da Lei dos Juizados.

5.3 Jecrim nos Crimes Militares

O art. 90-A na Lei n° 9.099/95 vedou a aplicação da lei dos juizados no âmbito da Justiça Militar. Por se tratar de lei mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os crimes praticados antes de sua vigência.

> Art. 90-A, Lei n° 9.099/95. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999)

O STF, no HC 99.743, entendeu que o art. 90-A é constitucional em relação aos crimes militares cometidos por militares. No mesmo sentido é a Jurisprudência em teses do STJ:

9) É constitucional o art. 90-A da Lei n. 9.099/95, que veda a aplicação desta aos crimes militares.

5.4 Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher:

A Lei Maria da Penha exclui a aplicação da Lei nº 9.099/95:

> Art. 41, Lei 11.340/2006. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

ADC 19: o STF declarou a constitucionalidade dos artigos 1°, 33 e 41 da lei Maria da Penha, ponderando que é plenamente válido o critério de "discrímen" em virtude violência contra a mulher, a qual se encontra em evidente situação de hipossuficiência. Conclusões do STF na ADC 19:

(1) Não cabe suspensão condicional do processo para os crimes e contravenções envolvendo violência doméstica contra a mulher (isso já havia sido decidido pelo STF no HC 106.212).

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

(2) Em se tratando da contravenção penal de vias de fato ou do crime de lesão corporal leve ou culposa no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal é de natureza pública incondicionada.

> Súmula 542-STJ: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.
>
> Em caso de vias de fato, se pratica em contexto de violência doméstica ou familiar, não há falar em necessidade de representação da vítima para a persecução penal. STJ, AgRg no HC 713.415, j. em 22/02/2022.

(3) Criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

> Art. 14, Lei n° 11.340/06. "Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher."

OBS.: Apesar do uso da expressão "Juizados", na verdade o que se tem é uma vara especializada, justamente porque não será possível aplicar a Lei dos Juizados Criminais. Importante lembrar que o art. 33 da Lei nº 11.340/06 estabelece que enquanto não for possível criar uma Vara Especializada, deve-se colocar esta competência cumulativamente em alguma vara criminal.

5.5 Conexão e Continência entre Crime Comum e Infração de Menor Potencial Ofensivo:

Nos casos de conexão, os delitos serão julgados pelo juízo com força atrativa, sem prejuízo da aplicação dos institutos despenalizadores em relação à infração de menor potencial ofensivo:

Ex.: homicídio doloso + crime de resistência. Nesse caso, o Tribunal do Júri julgará ambos os crimes em razão da *vis atrativa* exercida pela competência constitucional do Júri.

> Art. 60, Lei n° 9.099/95. "O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei n° 11.313, de 2006).
> Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Incluído pela Lei n° 11.313, de 2006)

5.6 Competência Territorial

No CPP adotou, como regra geral a **teoria do resultado**, estabelecendo que a competência será fixada pelo **local onde se consumar a infração**, ou no caso de tentativa, o local onde for praticado o **último ato de execução**.

> Art. 70, CPP. 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.

A Lei nº 9.099 estabeleceu que competência será fixada pelo lugar em que foi **praticada a infração penal**. Ocorre que tal expressão acarreta certa divergência na doutrina.

> Art. 63, Lei n° 9.099/95. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi **praticada** a infração penal.

- **1ª corrente** – **A Lei nº 9.099/95 adotou a TEORIA DA ATIVIDADE**, de modo que a competência territorial será determinada a partir do local da ação ou da omissão. **Deve ser o entendimento adotado em prova objetiva.**
- **2ª corrente** – A Lei nº 9.099/95 adotou a Teoria do Resultado, pois a expressão "praticada" indica

que seria o local da consumação do fato. (Tourinho Filho)

- **3ª corrente** – A Lei nº 9.099/95 adotou a Teoria da Ubiquidade, segundo a qual a infração considera-se praticada tanto no local da ação/omissão, quanto no local onde se produziu ou deveria ter se produzido o resultado. (Nucci)

5.7 Causas de Modificação da Competência dos Juizados

São causas modificativas da competência no âmbito dos JECRIM:

a) Conexão/Continência com crime comum (visto acima);
b) Impossibilidade de citação pessoal do acusado:

A Lei nº 9.099 diz que a citação deve ser pessoal, no próprio juizado. No Jecrim não se admite citação por edital. Por isso, se o acusado não for encontrado e for necessário fazer a citação por edital, os autos serão remetidos ao juízo comum.

Primeiro, vamos recordar os conceitos de citação e intimação:

CITAÇÃO	INTIMAÇÃO
Ato processual no qual a parte ré é comunicada de que se lhe está sendo movido um processo.	Ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos de um determinado processo (já houve citação anterior).
No âmbito dos Jecrim: . A citação deve ser pessoal. Art. 66, Lei n° 9.099/95. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei. . Não se admite citação por edital, nem por carta rogatória (STF. Plenário. RE 635145/RS - repercussão geral - Info 833). . Admite-se citação por hora certa (Enunciado 110, FONAJE).	No âmbito dos Jecrim, as **intimações** podem ser feitas por correspondência, com aviso de recebimento, por oficial de justiça, por carta precatória ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 67).

Art. 68, Lei n° 9.099/95. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado

de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.

c) Complexidade da Causa: Verificando que a causa é complexa, é possível solicitar ao juiz o encaminhamento das peças ao Juízo comum. Ex.: prova pericial muito complexa que traria demora excessiva ao processo; grande número de acusados (briga de torcida organizada).

5.8 Nulidades

Quanto à pronúncia de nulidade acerca dos atos processuais, adotou-se o princípio do ***Pas de nullité sans grief,*** ou seja, a nulidade só poderá ser pronunciada caso fique demonstrado o prejuízo em concreto para alguma das partes (art. 65, *caput* e §1º, da Lei n° 9.099/95).

6. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA (TCO)

a) Conceito: É o instrumento investigatório a ser utilizado para a apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo. A Lei n° 9.099/95 visou trazer um procedimento mais célere, e por isso criou uma fase investigatória mais rápida, pois não faz sentido instaurar inquérito para investigar IMPO.

> Art. 69. A **autoridade policial** que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
> Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, **não se imporá prisão em flagrante**, nem se exigirá fiança. ~~Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.~~

OBS.1: Não cabe indiciamento no Termo Circunstanciado.
OBS.2: A doutrina entende que a parte final do art. 69 da Lei nº 9.099/95 foi tacitamente revogada pelo art. 41 da Lei Maria da Penha.

O que o parágrafo único do art. 69 veda é a imposição de prisão em flagrante e não a captura. Portanto, feita a captura, o autor do fato deverá ser conduzido coercitivamente para a lavratura do TCO (e não de APFD). Somente se ele não assumir o compromisso de comparecimento é que deverá ser lavrado APFD.

b) Atribuição para lavrar TCO: O termo "autoridade policial" gerou uma série de discussões sobre **quem teria atribuição para a lavratura do termo circunstanciado.**

Há quem defenda que "autoridade policial" é tão somente o Delegado de Polícia (Civil ou Federal) e, no caso de investigações militares, o Oficial militar responsável pelo inquérito.

Uma segunda corrente defende que 'autoridade policial" é o agente estatal designado para exercer funções de autoridade policial (policial civil, policial federal ou policial militar)

O art. 191 da Lei nº 22.257/2016, do Estado de Minas Gerais, previu que os integrantes da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar podem lavrar termo circunstanciado de ocorrência. A constitucionalidade da lei mineira foi questionada perante o STF, no bojo da ADI 5637/MG, julgada nos seguintes termos:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS N. 22.257/2016. AUTORIZAÇÃO DE LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO POR INTEGRANTES DOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS. AUSÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÕES. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.
> 1. A lavratura de termo circunstanciado não configura atividade investigativa, nem é atividade privativa da polícia judiciária. Precedentes.
> 2. No âmbito da competência concorrente, Estados e Distrito Federal têm competência para definir as autoridades legitimadas para a lavratura do termo circunstanciado.
> **3. Como não há atribuição privativa de delegado de polícia ou mesmo da polícia judiciária para a lavratura do termo circunstanciado, norma estadual que atribui essa competência à polícia militar não viola a divisão constitucional de funções entre os órgãos de segurança pública.**
> 4. Ação direta julgada improcedente.

Ademais,

> É **constitucional** — por ausência de usurpação das funções das polícias judiciárias — a prerrogativa conferida à Polícia Rodoviária Federal de lavrar termo circunstanciado de ocorrência (TCO), o qual, diversamente do inquérito policial, não constitui ato de natureza investigativa, dada a sua finalidade de apenas constatar um fato e registrá-lo com detalhes. STF.ADI 6.245/DF, relator Ministro Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 17.2.2023 e ADI 6.264/DF, relator Ministro Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 17.2.2023. (Info 1083).

O art. 24, incisos X e XII, da CR estabelece competência concorrente entre União, Estados e DF para legislar sobre criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e procedimentos em matéria processual. Segundo o STF, a norma federal em questão viabiliza a lavratura do TCO por qualquer autoridade legalmente reconhecida, não havendo impedimento para que os Estados-membros indiquem quais são elas ou, de qualquer modo, disciplinem essa atribuição.

c) Hipóteses em que não será possível lavrar termo circunstanciado de ocorrência:

- ✓ Infrações de menor potencial ofensivo com autoria ignorada;
- ✓ Crimes que demandam complexidade na investigação;
- ✓ Recusa a ser encaminhado para o Jecrim, exceto no caso de crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06);

- ✓ Nos crimes previstos no CTB, quando o autor não presta socorro imediato e integral à vítima - o inquérito policial será lavrado mediante APF, considerando uma interpretação a contrário senso do art. 301 do CTB.

> Art. 301, CTB. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

d) Flagrante no TCO:

Do conteúdo do parágrafo único do art. 69, pode-se compreender que ao autor de infração de menor potencial ofensivo que assumir o compromisso de comparecer em juízo não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá cautelar de fiança. Diante disso, é possível sua condução até a autoridade policial?

R.: SIM! A prisão em flagrante pode ser desdobrada em 6 etapas, a saber;

- Prisão captura - Trata-se da detenção do indivíduo que acabou de cometer um crime, não importando a natureza da infração.
- Condução coercitiva – Trata-se da possibilidade de levar o conduzido em flagrante até a autoridade policial, não importando a natureza da infração.
- Audiência preliminar – Onde o preso é ouvido pela autoridade policial, também não importando a natureza da infração.
- Lavratura do Auto de prisão em flagrante – Autuação do ofensor e dos demais envolvidos na ocorrência, tal etapa já não acontecerá em hipótese de infração de menor potencial ofensivo, ora, lavra-se termo circunstanciado de ocorrência.
- Recolhimento ao cárcere.
- Apresentação em juízo para audiência de custódia.

Ante o exposto, é plenamente possível, bem como recomendável que se proceda até a etapa da audiência preliminar, não se devendo falar em lavratura de auto de prisão em flagrante para os crimes de menor potencial ofensivo.

7. FASE PRELIMINAR

No âmbito dos juizados nós temos a fase preliminar e a fase judicial. A audiência preliminar tem por fim a concretização da justiça consensual, de modo que as partes podem evitar a instauração do processo por meio de composição de danos cíveis e/ou transação penal.

Em não sendo possível resolver através da justiça consensual, aí sim passamos à fase judicial, com o oferecimento da denúncia, citação do acusado e instrução normal do processo.

7.1 Composição Civil Dos Danos

> Art. 72, Lei nº 9.099/95. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, **o responsável civil**, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.
>
> Art. 74, Lei n° 9.099/95. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
> Parágrafo único. Tratando-se de **ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação**, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Caiu na prova Delegado SP/2023! O empregador, que não teve participação na ação criminosa, mas é responsável civil pelo empregado que pratica um crime de menor potencial ofensivo que cause prejuízo patrimonial à vítima, nos termos da Lei nº 9.099/95: se possível, deve comparecer à audiência preliminar, a fim de que possa participar da tentativa de composição civil dos danos. **(ITEM CORRETO)**

A composição civil dos danos consiste num acordo de natureza cível, celebrado entre o autor do delito e o ofendido, objetivando a reparação do prejuízo causado pela infração. Ex.: uma pessoa comete um crime de dano contra o seu veículo. Chegado o caso ao juizado especial, os conciliadores tentarão formalizar um acordo visando à reparação do prejuízo causado pelo delito.

Com a composição dos danos civis, a vítima terá em mãos um título executivo e o autor do fato será beneficiado com a renúncia ao direito de queixa ou representação, que são causas extintivas da punibilidade.

Os crimes de ação penal pública incondicionada não são mencionados no art. 74. Todavia, isso não significa que a composição dos danos civis não possa ocorrer nesses crimes. Ela é cabível, porém não irá acarretar a extinção da punibilidade. Nesse caso, segundo a doutrina, haveria uma espécie de arrependimento posterior (também chamado de "Ponte de Prata"), ensejando uma redução da pena de 1/3 a 2/3, desde que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa (art. 16 do CP).

> **Arrependimento Posterior**
> Art. 16, CP. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Mas, e se feita a composição civil, o autor deixar de efetuar pagamento do valor pactuado, haverá restauração do direito de queixa ou representação?

i. tratando-se de ação penal privada e ação penal pública condicionada a representação: **NÃO, pois houve extinção da punibilidade;**

ii. tratando-se de ação penal pública incondicionada: **SIM.** De acordo com Renato Brasileiro:

> "(...) a celebração do acordo não acarretará a extinção da punibilidade, servindo

> apenas para antecipar a certeza acerca do valor da indenização, o que permite, em tese, imediata execução no juízo civil competente. Portanto, em crimes de ação penal pública incondicionada, a celebração da composição civil não irá produzir a extinção da punibilidade, sendo possível, assim, o oferecimento de proposta de transação penal e, em último caso, até mesmo de denúncia . De todo modo, como a composição civil dos danos é feita de maneira voluntária pelo acusado, caso haja a reparação do dano até o recebimento da denúncia, pode ser considerada como causa de arrependimento posterior (CP, art. 16), com a consequente diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços) nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa".

Não havendo acordo, o ofendido poderá oferecer representação verbal, nos termos do art. 75.

> Art. 75, Lei n° 9.099/95. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo
> Parágrafo único. O não oferecimento **da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito**, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei (06 meses).

Não raras vezes a vítima comparece à Delegacia de Polícia para oferecer representação e essa manifestação é juntada aos autos do TCO e encaminhada à Justiça. Imagine que nessa situação, a vítima deixe de comparecer à audiência preliminar. Seria possível aproveitar a representação já oferecida? Há duas correntes:

. 1ª Corrente (majoritária): NÃO. A representação no âmbito do Jecrim somente pode ser oferecida durante a audiência preliminar.

. 2ª Corrente: Sim, é possível aproveitar a representação anterior, pois a vítima já manifestou seu desejo em prosseguir na persecução penal. O não comparecimento à audiência preliminar deve ser interpretado como recusa em celebrar acordo, devendo-se prosseguir para a fase judicial.

7.2 Transação Penal

No caso de não se chegar a um acordo, na hipótese de o sujeito passivo do delito ou seus sucessores lançarem mão do direito de representação, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá realizar proposta do que a doutrina convencionou chamar de "transação penal".

> Art. 76, Lei n° 9.099/95. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério

> Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
> § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.
> § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
> I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
> II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
> III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.
> § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.
> § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.
> § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.
> § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

a) Conceito:

A transação penal consiste em um negócio jurídico de natureza extraprocessual, celebrado entre o titular da ação penal e o autor do fato delituoso, objetivando a imediata aplicação de pena de multa ou de pena restritiva de direitos.

Trata-se de uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade (presentes as condições da ação penal e havendo justa causa o titular da ação penal – MP, é obrigado a oferecer denúncia): princípio da discricionariedade regrada.

Diferentemente do ANPP, a transação penal não implica confissão.

b) Condições para aplicação:

✓ Não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de **CRIME**, à **PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**, por **SENTENÇA DEFINITIVA**;

ATENÇÃO: a condenação por contravenção penal não impede o benefício, tampouco a condenação a pena de multa ou pena restritiva de direitos.

- ✓ **Não** ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- ✓ Os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, **indicarem** ser necessária e suficiente a adoção da medida.
- ✓ No caso de **crimes ambientais**, a transação penal depende de prévia composição do dano ambiental, salvo impossibilidade manifesta de fazê-lo (v. art. 27, Lei n° 9.605/98).

c) Legitimidade ativa para oferecimento da proposta de transação penal nos crimes de ação penal privada

. 1ª Corrente: Mesmo em se tratando de crime de ação penal privada, a legitimidade para oferecimento de proposta de transação penal é do Ministério Público.

> Enunciado 112 do FONAJE: Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.

. 2ª Corrente: Se o crime é de ação penal privada, apenas o ofendido pode oferecer proposta de transação penal.

> STJ: "(...) A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do C. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes". (STJ, Corte Especial, APN 634/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJE 03/04/2012).

d) Recusa injustificada por parte do titular da ação penal em oferecer a proposta da transação penal

Por parte do ofendido nos crimes de ação penal privada: nesse caso, não há nada a ser feito.

Por parte do Ministério Público nos crimes de ação pública: aplicar-se-á o entendimento exposto ao teor da súmula 696 do STF.

> Súmula 696-STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo ***(também vale para a transação penal)***, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

e) Momento para oferecimento da proposta

Em regra, a transação penal deve ser oferecida antes do início do processo. Entretanto, nos casos de desclassificação ou de procedência parcial da pretensão punitiva, é possível o oferecimento de proposta de transação penal. Imagine que o autor do fato foi denunciado pela prática de lesão corporal grave (pena de 1 a 5 anos), mas no curso do processo, o delito é desclassificado para lesão corporal de natureza leve (pena de 3 meses a 1 ano), nesse caso, caberá o oferecimento de proposta de transação penal. O mesmo raciocínio é aplicável à suspensão condicional do processo e ao ANPP.

> Súmula 377-STJ: É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

> Art. 383, CPP. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.
> §1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo ***(ou de transação penal)***, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.
> §2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

f) Homologação do acordo de transação penal

Ainda que homologada, a transação penal **NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL**. Assim, se o acordo for descumprido, o feito retornará ao *status quo*, ou seja, o processo retoma, e a partir de então poderá ser instaurado o inquérito policial, bem como, oferecida denúncia.

> **Súmula vinculante nº 35:** A homologação de transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Fique atento à jurisprudência em teses do STJ sobre transação penal:

> **Edição nº 96.** É cabível a suspensão condicional do processo e a transação penal aos delitos que preveem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal ultrapasse os parâmetros mínimo e máximo exigidos em lei para a incidência dos institutos em comento.

> **Edição número Edição nº 93**.

5) Opera-se a preclusão se o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ou de transação penal se der após a prolação da sentença penal condenatória.

7) A transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil.

ATENÇÃO! Em caso de transação penal, não se aplicam os efeitos do art. 91 do CP

As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. STF. Plenário. RE 795567/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28/5/2015 (Info 787).

OBS.: Incompatibilidade do Acordo de Não Persecução Penal com a Transação Penal:

Antônio Henrique Graciano Suxberger leciona que "o ANPP é instituto que se situa fora da sistemática do procedimento sumaríssimo, isto é, não incide nos casos de infrações penais que se insiram no conceito de infração de menor potencial ofensivo. ANPP e transação penal são institutos incompossíveis, não coexistem num mesmo caso tampouco se sucedem. É o que se infere do art. 28-A, §2, inciso I, do CPP, quando diz que o ANPP não se aplica se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais" (Leis Penais Especiais Comentadas, Editora JusPodivm, 5ª Edição, P. 888).

OBS.: A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de *habeas corpus* em que se busca o trancamento da ação penal?

- STF: NÃO. A aceitação do acordo de transação penal não impede o exame de habeas corpus para questionar a legitimidade da persecução penal. STF. 2ª Turma. HC 176785/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/12/2019.

-STJ: SIM. A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de habeas corpus em que se busca o trancamento da ação penal.STJ. 6ª Turma. HC 495.148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 24/09/2019 (Info 657).

Para o STF, embora o sistema negocial possa trazer aprimoramentos positivos em casos de delitos de menor gravidade, a barganha no processo penal pode levar a riscos consideráveis aos direitos fundamentais do acusado. Assim, o controle judicial é fundamental para a proteção efetiva dos direitos fundamentais do imputado e para evitar possíveis abusos que comprometam a decisão voluntária de aceitar a transação.

Não há qualquer disposição em lei que imponha a desistência de recursos ou ações em andamento ou determine a renúncia ao direito de acesso à Justiça.

Em suma:

STF. 2ª Turma (HC 176785/DF):	**STJ. 6ª Turma (Info 657):**
A aceitação do acordo de transação penal NÃO impede o exame de *habeas corpus* para questionar a legitimidade da persecução penal.	**A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de *habeas corpus* em que se busca o trancamento da ação penal**

8. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO COMUM SUMARÍSSIMO:

Destacaremos apenas as diferenças, no entanto, não deixe de ler todos os demais dispositivos, pois as bancas estão sempre inovando!

a) Oferecimento da peça acusatória: pode ser apresentada oralmente (e reduzida a termo) ou por escrito.

> Art. 77, Lei nº 9.099/95. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

b) Citação: Como vimos anteriormente, no âmbito do JECRIM não se admite a citação por edital, posto que é incompatível com a celeridade prevista para os processos de competência dos Juizados. No entanto, é admissível a citação por hora certa.

c) Número de testemunhas: Há quem entenda que o número de testemunhas a serem arroladas é de 5. Mas o melhor é entender que este limite é 3, até porque o artigo 34, ainda que se trate das causas cíveis, se refere a apenas **3** testemunhas.

d) Defesa preliminar: nos Juizados, antes de receber/rejeitar a peça acusatória, o juiz deve dar a palavra à defesa.

- A defesa preliminar deve ser apresentada entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória.
- Pode ser oral.
- Tem o objetivo de convencer o juiz a rejeitar a denúncia ou queixa.
- Deve ser apresentada pelo defensor, não podendo ser apresentada pelo acusado.

> Art. 81, Lei n° 9.099/95. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

OBS.: A Lei nº 9.099/95 não estabeleceu tempo para os debates orais, devendo ser aplicado, o art. 403 do CPP, que fixa o tempo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos.

e) Recebimento/rejeição da peça acusatória: Nos Juizados, o recurso cabível contra a rejeição da peça acusatória é a apelação no **prazo de 10 dias** (no CPP é o RESE – art. 581, I, CPP).

Cuidado para não confundir!

- **JECRIM –** apelação em 10 dias.
- **CPP –** RESE em 5 dias.

> Art. 82, Lei 9.099/95. 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.
> §1º A apelação será interposta **no prazo de 10 dias**, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

f) Dever processual de tutela da dignidade da vítima e testemunhas por todas as partes e demais sujeitos processuais (Lei Mariana Ferrer)

A Lei nº 14.245/2021, que ficou conhecida como "Lei Mariana Ferrer", foi editada com o objetivo de coibir atos atentatórios à dignidade da vítima ou testemunhas, durante a realização de audiências. Além de inserir os arts. 400-A e 474-A ao CPP, a Lei nº 14.245/2021 incluiu o parágrafo 1º-A ao art. 81 da Lei nº 9.099/95, estabelecendo o dever de respeito à dignidade da vítima e vedando a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração, bem como a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas, sob pena de responsabilização civil, penal e criminal.

> Art. 81, Lei nº 9.099/95. (...) § 1º-A. Durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato **DEVERÃO RESPEITAR A DIGNIDADE DA VÍTIMA**, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)
> I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)
> II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a

dignidade da vítima ou de testemunhas. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

g) Possibilidade de absolvição sumária

O art. 394 do CPP que prevê a absolvição sumária (art. 397 do CPP) é aplicado a todos os procedimentos penais de 1º grau mesmo que não regulados no CPP. Com isso a doutrina vem sustentando que esse instituto também é aplicável no âmbito dos juizados. Dessa forma, concluímos ser possível a absolvição sumária ainda que no âmbito dos Juizados Especiais.

9. SISTEMA RECURSAL DOS JUIZADOS

Por força da própria CF, em regra, os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos juizados especiais serão julgados por uma Turma Recursal, que é composta por três juízes em exercício no 1º grau de jurisdição. Deve-se aplicar subsidiariamente o CPP, pois a Lei dos Juizados somente fala em apelação e embargos de declaração. Ex.: cabe RESE.

9.1 Apelação

. Hipóteses de cabimento:

- ✓ Rejeição da peça acusatória;
- ✓ Sentença condenatória ou absolutória;
- ✓ Decisão homologatória da transação penal.

APELAÇÃO NOS JUIZADOS	APELAÇÃO NO CPP
Prazo de interposição: 10 dias.	Prazo para interposição de 05 dias.
Deve ser sempre apresentada por petição.	Pode ser apresentada por petição, como também por termo nos autos.
As razões recursais devem ser apresentadas em conjunto com a interposição (art. 82, §1º, Lei nº 9.099/95). Prevalece o entendimento de que a não apresentação de razões recursais em conjunto com a petição de interposição não prejudica o conhecimento do recurso, devendo a parte ser intimada para suprir a irregularidade (STF, HC 85344).	O recorrente pode optar por apresentar as razões separadamente (08 dias).

9.2 Embargos de Declaração

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO JECRIM	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CPP

Art. 83, Lei nº 9.099/95. Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. § 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de **05 dias**, contados da ciência da decisão. § 2º Os embargos de declaração **interrompem** o prazo para a interposição de recurso. § 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.	Art. 382, CPP. Qualquer das partes poderá, no prazo de **02 dias**, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, **ambiguidade**, contradição ou omissão. Art. 619, CPP. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de **02 dias** contado da sua publicação, quando houver na sentença **ambiguidade**, obscuridade, contradição ou omissão.
Por petição ou oralmente.	Interposição por peça escrita.
Prazo de 5 dias.	Prazo de 2 dias.
Cabimento: **obscuridade, contradição ou omissão.**	Cabimento: **ambiguidade**, obscuridade, contradição ou omissão.
Os embargos de declaração sempre **INTERROMPERÃO o prazo** para interposição dos demais recursos.	Interrompem o prazo para outros recursos (aplicação subsidiária do art. 538 do CPC) Art. 538, CPC. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros cursos, por qualquer das partes.

9.3 Recurso Especial e Recurso Extraordinário

A Constituição Federal, ao tratar do recurso extraordinário, não exige que esta decisão tenha sido proferida por um Tribunal de Justiça ou por um Tribunal Regional Federal. Diante disso, o Recurso Extraordinário é cabível contra decisões das turmas recursais, desde que preenchidos todos os requisitos (prequestionamento, repercussão geral, etc.). Por outro lado, não se admite Recurso Especial contra decisões proferidas pelas turmas recursais, porquanto não podem ser tratados como Tribunais.

> **Súmula 640-STF:** É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.
>
> **Súmula 203-STJ:** Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

10. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Art. 89, Lei nº 9.099/95. Nos crimes em que a pena mínima cominada for **igual ou inferior a um ano**, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, **por dois a quatro anos**, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por

> outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.
> § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:
> I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
> II - proibição de frequentar determinados lugares;
> III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
> IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
> § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.
> § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.
> § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.
> § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.
> § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.
> § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

a) Conceito:

É instituto despenalizador por meio do qual se permite a suspensão do processo por um período de prova (2 a 4 anos), desde que cumpridas certas condições. Como já visto, de acordo com o STJ a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado.

b) Requisitos:

→ Crime (ou contravenção penais) com pena mínima igual ou inferior a 1 ano;

OBS.: A lei apenas fala em crime, mas o entendimento hoje é que a suspensão condicional do processo também é cabível quando se trata de contravenção penal, haja vista que contravenção penal é ainda menos grave que o crime. O que é considerado é a pena MÍNIMA, ainda que não sujeitos aos juizados, não é um benefício exclusivo do Juizado Especial Criminal.

> **Súmula 723-STF.** Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

> **Súmula 243-STJ.** O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

ATENÇÃO: O STF e o STJ entendem que, nos crimes em que a pena de **multa** vier **cominada** de maneira **alternativa** será cabível a suspensão condicional do processo, **ainda que a pena mínima privativa de liberdade seja superior a 1 ano.** É nesse sentido a jurisprudência em teses do STJ (edição nº 96).

> 2) É cabível a suspensão condicional do processo e a transação penal aos delitos que preveem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal ultrapasse os parâmetros mínimo e máximo exigidos em lei para a incidência dos institutos em comento.

→ O acusado não esteja sendo processado por outro crime.

→ O acusado não tenha sido condenado por outro crime.

A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. Da mesma forma, a condenação por contravenção não impede a concessão do benefício.

"Não estar sendo processado" não viola a presunção de inocência.

"Não ter sido condenado": aplica-se o lapso temporal de 5 anos da reincidência.

→ Demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena:

> Art. 77, CP. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
> I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
> II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
> III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

c) Legitimidade para oferecimento da proposta

A suspensão condicional do processo não pode ser concedida de ofício pelo juiz. Deve ser ofertada pelo Ministério Público, nos casos de ação penal pública ou, ainda, pelo querelante, nos casos de ação penal privada.

Diante da recusa injustificada do MP, aplica-se o art. 28, CPP (princípio da devolução), nos termos da súmula 696 do STF.

d) Momento para o oferecimento da proposta de suspensão do processo:

1 - Oferecimento da denúncia

2 - Recebimento da denúncia

3 - Citação do acusado

4 - Defesa

5 - Absolvição sumária

6 - Negada a absolvição sumária, **deve ser designada audiência específica para aceitação da proposta de suspensão condicional do processo.**

OBS.: deve ser aguardada a absolvição sumária, mais benéfica para o acusado.

ATENÇÃO: Opera-se a **preclusão** se o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ou de transação penal se der após a prolação da sentença penal condenatória, ressalvadas as hipóteses de **DESCLASSIFICAÇÃO ou PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.**

Desclassificação e procedência parcial da denúncia:

Ex.: denúncia por furto qualificado com emprego de chave falsa (pena de 2 a 8 anos). Ao final da audiência, o juiz conclui que o emprego de chave falsa não foi provado, desclassificando a infração para furto simples. Nesse caso, continua sendo cabível a suspensão condicional do processo, mediante proposta a ser oferecida pelo MP na própria audiência una de instrução e julgamento.

A este respeito a súmula 337 do STJ:

> Súmula 337-STJ. É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

Jurisprudência em teses do STJ (edição nº 93):

> 11) Nos casos de aplicação da Súmula n. 337/STJ, os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que se manifeste sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo ou de transação penal.

e) Aceitação da proposta:

A proposta deve ser aceita pelo acusado E por seu defensor (todos os institutos despenalizadores dependem da presença de advogado).

Havendo divergência entre a defesa técnica e a vontade do acusado, prevalece, segundo a lei, esta última. Trata-se de interpretação do art. 89, §7°, da Lei nº 9.099/95.

Contudo, é importante saber que, conforme decidido pelo STJ, em temática de recursos em geral, **cabe à Defesa Técnica a análise de conveniência e oportunidade a respeito de eventual recurso, no caso de conflito de vontades entre o acusado e o defensor. (Info 791)**

Uma vez aceita a proposta de suspensão condicional do processo, será submetida à apreciação do juiz.

Determinada a suspensão do processo (aceita e homologada), a prescrição também será suspensa.

Há interesse de agir para a impetração de HC quando ainda no curso da suspensão condicional do processo?

R.: Sim, já que se houver o descumprimento de uma das condições impostas, o processo poderá voltar ao seu curso normal, inclusive com risco potencial de restrição da liberdade de locomoção. Segundo os tribunais superiores, a aceitação de suspensão não descarta a possibilidade de impetração de HC. É nesse sentido, inclusive, a jurisprudência em teses do STJ (edição nº 96)

> 2) A aceitação pelo paciente do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, não inviabiliza a impetração de habeas corpus nem prejudica seu exame, tendo em vista a possibilidade de se retomar o curso da ação penal caso as condições impostas sejam descumpridas.

f) Condições da suspensão condicional do processo:

- ✓ Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.
- ✓ Proibição de frequentar determinados lugares (não se confunde com a medida cautelar do art. 319, II, CPP).
- ✓ Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz.
- ✓ Comparecimento mensal em juízo (se o acusado passa a residir em outra comarca, o comparecimento pode ser fiscalizado através de carta precatória).
- ✓ Não instauração de outro processo em virtude da prática de crime ou de contravenção penal.
- ✓ Outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

> Art. 78, Lei nº 9.099/95. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.
> § 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).
> § 2° Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:
> a) proibição de frequentar determinados lugares
> b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
> c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
>
> Art. 79, Lei nº 9.099/95. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

De acordo com a orientação dominante pode ser fixadas PRD como “outras condições”.

> Tese de recurso especial repetitivo fixada no Tema n. 930: "Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, §2º, da Lei n. 9.099/95, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do *sursis* processual, se apresentam tão somente como condições para a sua incidência". Paradigma: STJ, 3ª Seção, RESP 1.498.034/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 25.11.2015

g) Revogação da suspensão: A revogação pode ser de duas espécies:

- Revogação obrigatória: art. 89, §3°, Lei n° 9.099/95 ("A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser **processado** por outro **crime** ou **não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano**.").
- Revogação facultativa: art. 89, §4°, Lei n° 9.099/95. ("A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.").

O STJ destaca que o descumprimento das condições impostas durante o período de prova enseja a revogação do benefício, mesmo que já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. Essa foi a interpretação extraída do art. 89, §4º, da Lei 9.099/95.

> "A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta"). O Ministro Rogerio Schietti Cruz também citou precedentes do STJ sobre o ponto: "[...] 2. **Segundo entendimento desta Corte, a suspensão condicional do processo pode ser revogada mesmo depois do término do período de prova, desde que o motivo que deu ensejo à revogação tenha ocorrido durante o período de vigência do sursis**. [...] (AgRg no REsp n. 1.433.114/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 25/5/2015)"; "[...] Segundo a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça, se o acusado descumprir condição imposta a ser observada durante o período de prova da suspensão condicional do processo, impõe-se a revogação do benefício, ainda que esta decisão venha a ser proferida após o transcurso do referido lapso temporal (precedentes). [...] (AgRg no Resp n. 1.366.930/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 18/2/2015)"

h) Extinção da Punibilidade: A suspensão é concedida de 2 a 4 anos.

Mas o mero decurso prazo extingue a punibilidade? Os tribunais entendem que, ainda que expirado o período de prova, caso seja descoberto que não cumpriu as condições durante esse período o benefício poderá ser revogado.

Em outras palavras: a suspensão do processo pode ser revogada mesmo após o decurso do período de prova, caso verificado o descumprimento de condição durante o curso do benefício, e desde que não haja anterior declaração de extinção da punibilidade.

> STJ: (...) Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência (STJ, 3ª Seção, Resp 1.498.034).

OBS.: Acordo de Não Persecução Penal e Suspensão Condicional do Processo.

Antônio Henrique Graciano Suxberger leciona que o ANPP e a suspensão condicional do processo são institutos que não coexistem propriamente no mesmo caso, mas se sucedem. Assim, considera-se a incidência do ANPP antes da formalização da acusação em juízo (art. 28-A do CPP). Se por qualquer razão, inviável o ANPP, passa-se à formalização da acusação (arts. 41 e 395 do CPP) e seu juízo de admissibilidade (pelo juiz), na forma do art. 396 do CPP. Quando já recebida a ação penal, cogita-se a possibilidade de incidência da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n 9.099/95). Como se vê, a relação entre o ANPP e a suspensão condicional do processo é de sucessividade. Só se cogita de um depois de se esgotar a possibilidade do outro. (Leis Penais Especiais Comentadas, Editora JusPodivm, 5ª Edição, P. 888).

Jurisprudência em Teses do STJ
EDIÇÃO N. 93: JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - I

1) Compete aos Tribunais de Justiça ou aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos pedidos de habeas corpus quando a autoridade coatora for Turma Recursal dos Juizados Especiais.

2) A aceitação pelo paciente do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, não inviabiliza a impetração de habeas corpus nem prejudica seu exame, tendo em vista a possibilidade de se retomar o curso da ação penal caso as condições impostas sejam descumpridas.

3) No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, não se exige a intimação pessoal do defensor público, admitindo-se a intimação na sessão de julgamento ou pela imprensa oficial.

4) Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 TEMA 930)

5) A perda do valor da fiança constitui legítima condição do sursis processual, nos termos do art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/95.

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

7) A transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil.

8) A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. (Súmula Vinculante n. 35/STF)

9) O prazo de 5 (cinco) anos para a concessão de nova transação penal, previsto no art. 76, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.099/95, aplica-se, por analogia, à suspensão condicional do processo.

10) É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva. (Súmula n. 337/STJ)

11) Nos casos de aplicação da Súmula n. 337/STJ, os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que se manifeste sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo ou de transação penal.

Jurisprudência em Teses do STJ
EDIÇÃO N. 96: JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - II

1) A Lei n. 10.259/01, ao considerar como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, não alterou o requisito objetivo exigido para a concessão da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, que continua sendo aplicado apenas aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 (um) ano.

2) É cabível a suspensão condicional do processo e a transação penal aos delitos que preveem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que

o preceito secundário da norma legal ultrapasse os parâmetros mínimo e máximo exigidos em lei para a incidência dos institutos em comento.

3) A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.

4) Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - TEMA 920)

5) Opera-se a preclusão se o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ou de transação penal se der após a prolação da sentença penal condenatória.

6) O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. (Súmula n. 243/STJ)

7) A existência de inquérito policial em curso não é circunstância idônea a obstar o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

8) A extinção da punibilidade do agente pelo cumprimento das condições do sursis processual, operada em processo anterior, não pode ser valorada em seu desfavor como maus antecedentes, personalidade do agente e conduta social.

9) É constitucional o art. 90-A da Lei n. 9.099/95, que veda a aplicação desta aos crimes militares.

10) Na hipótese de apuração de delitos de menor potencial ofensivo, deve-se considerar a soma das penas máximas em abstrato em concurso material, ou, ainda, a devida exasperação, no caso de crime continuado ou de concurso formal, e ao se verificar que o resultado da adição é superior a dois anos, afasta-se a competência do Juizado Especial Criminal.

11) O crime de uso de entorpecente para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, é de menor potencial ofensivo, o que determina a competência do juizado especial estadual, já que ele não está previsto em tratado internacional

e o art. 70 da Lei n. 11.343/06 não o inclui dentre os que devem ser julgados pela justiça federal.

12) A conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06 admite tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo.

META 5

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE II (CONTINUAÇÃO DE "FATO TÍPICO" – TEORIA DO TIPO – ITER CRIMINIS – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, ARREPENDIMENTO EFICAZ E ARREPENDIMENTO POSTERIOR – CRIME IMPOSSÍVEL)

TODOS OS ARTIGOS RELACIONADOS AO TEMA
• Art. 13, caput e §1º, CP • Art. 15 a 19, CP • Art. 20, §1º, CP • Art. 4º, Lei de Contravenções Penais • Art. 33, Código Penal Militar
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 13, caput e §1º, CP **(muito, muito, muito importante! Não vá para a prova sem ter este artigo decorado na ponta da língua!)** • Art. 15 a 17, CP

SÚMULAS RELACIONADAS AO TEMA
Súmula 145-STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

1. CONTINUAÇÃO DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO

Vimos anteriormente que o fato típico é composto por 4 elementos: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade, sendo que "conduta" já estudamos. Vamos ao restante:

I – CONDUTA

Visto na parte anterior.

II – RESULTADO:

Resultado é o que a conduta do agente produz. É o efeito ou consequência da ação ou omissão do sujeito ativo.

"Resultado" é a terminologia mais utilizada no Brasil, mas alguns doutrinadores usam o termo "evento". Existem duas importantes classificações. Uma delas baseia-se no resultado naturalístico ou material e a outra, no resultado jurídico ou normativo:

- **Naturalístico/Material:** Alteração física no mundo exterior. Se o delito é de homicídio, a morte da vítima é o resultado material.
    - Presente apenas nos crimes materiais consumados.
    - Nos crimes formais, a ocorrência do resultado naturalístico é possível, mas é **dispensável para a sua consumação.**
    - Já os de mera conduta, jamais terão resultado naturalístico.

✓ **Crime Material**: O tipo penal descreve conduta e resultado naturalístico. E esse resultado naturalístico é **indispensável** para a consumação. Ex. homicídio;

✓ **Crime Formal ou Crime de consumação antecipada:** O tipo penal descreve que a simples prática da conduta já é suficiente para a consumação do crime. Sendo assim, o **resultado naturalístico é dispensável para consumação**; é mero exaurimento do crime (possui a previsão do resultado naturalístico, mas cuja produção é irrelevante para a consumação do delito). O crime se consuma com a conduta (por isso é chamado de consumação antecipada). Ex. Extorsão. O exaurimento do crime é importante: (i) na aplicação da pena e, (ii) serve como limite temporal para o ingresso de coautor ou partícipe (parte da doutrina – Cirino, Nilo Batista)

✓ **Crime de mera conduta**: O tipo penal descreve uma mera conduta, **sem resultado naturalístico descrito no tipo** e a realização da conduta vai gerar a consumação**.** Ex. violação de domicílio, omissão de socorro.

DICA DD! Alguns autores afirmam que o tipo penal nos crimes formais é *incongruente*, assim chamados por prever que o agente visa a um resultado que não é essencial para a definição dos limites entre o delito consumado e o delito tentado. Ou seja, o agente deve perseguir determinado resultado, mas sua ocorrência é desnecessária para a consumação do delito.

- **Jurídico/Normativo:** Lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. É a transgressão da lei penal. Presente em todos os crimes.

"Mas calma aí, então há crime sem resultado?" Sem resultado naturalístico sim. Mas todo e qualquer crime terá resultado jurídico.

Dogmaticamente, a teoria jurídica é a mais acolhida pela doutrina penal. Há crime sem resultado? De acordo com a teoria naturalística, isso ocorre nos crimes de mera conduta. Para a teoria jurídica, não há crime sem resultado jurídico, de modo que, se a conduta não provocou uma afetação (lesão ou ameaça de lesão) a algum bem jurídico penalmente tutelado, não houve crime.

Vamos relembrar a classificação doutrinária do Crime quanto ao resultado Normativo ou Jurídico:

- **Crime de Dano (ou lesão):** A consumação exige efetiva lesão ao bem jurídico. Ex. Homicídio.

- **Crime de Perigo**: A consumação se dá com a exposição do bem jurídico a uma situação de perigo.

a) Crime de Perigo Abstrato

- Perigo advindo da conduta é absolutamente presumido por lei.
- Basta a acusação comprovar a conduta
- Ex.: todos os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento são crimes de Perigo Abstrato

b) Crime de Perigo Concreto

- O perigo advindo da conduta deve ser comprovado
- Deve ser demonstrado o risco para pessoa certa e determinada
- Ex.: Na Lei de Drogas, o único crime de perigo concreto é o crime do art. 39, que inclusive prevê, no tipo penal, a necessidade de exposição do bem jurídico a potencial dano.

> Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

c) Crime de Perigo Abstrato de Perigosidade Real

- O perigo advindo da conduta deve ser comprovado (se aproxima do crime de perigo concreto)
- Dispensa o risco para a pessoa certa e determinada (se aproxima do crime de perigo abstrato)

III – NEXO CAUSAL

Nexo de causalidade é a relação de causa e efeito **entre a conduta e o resultado material do delito.** Em outras palavras: É o vínculo entre conduta e resultado.

O estudo da causalidade busca concluir se o resultado naturalístico, como um fato, decorreu da ação e se pode ser atribuído objetivamente ao sujeito passivo, motivo pelo qual só tem relevância nos crimes materiais. Nos crimes de mera conduta não há resultado naturalístico. Nos crimes formais, o resultado é irrelevante para a consumação, por se tratar de mero exaurimento do crime, nos crimes omissivos, prevalece que o nexo causal é normativo, realizado por meio de uma norma que que liga o resultado a conduta do agente, aquela que prevê o dever jurídico de agir.

O CP utilizou a expressão "relação de causalidade" (art. 13).

> Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, **somente é imputável a quem lhe deu causa**. Considera-se **causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.**
>
> § 1.º A superveniência de causa **relativamente independente exclui a imputação** quando, **por si só**, produziu o resultado; **os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.**

TEORIAS QUE BUSCAM EXPLICAR A RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO:

1) **TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS / DA CAUSALIDADE SIMPLES / DA *CONDITIO SINE QUA NON*:**

☞ **Esta foi a teoria adotada pelo art. 13, caput do CP.**

Segundo essa teoria, causa é toda e qualquer ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (há aqui uma generalização, em que todas as causas teriam igual valor);

Para identificar se algo foi causa, utiliza-se o **método de eliminação hipotética de Thyrén**. Deve o aplicador do direito eliminar hipoteticamente a conduta e analisar se o resultado desaparece ou subsiste.

O processo de eliminação hipotética se baseia na conceituação de que causa é todo fato que, que se for eliminado no campo da suposição, leva à exclusão do resultado.

Caso o resultado desapareça com a eliminação da conduta, esta será considerada como causa.

Assim, para considerarmos que determinado fato realmente deu causa ao resultado, é preciso que façamos um exercício mental de eliminação hipotética dos antecedentes causais:

1 - **Devemos determinar o fato que influenciou o resultado**
2 - **Devemos SUPRIMIR mentalmente esse fato da cadeia causal**
3 - **Se, como consequência dessa supressão mental, o resultado vier a se modificar, significa que o fato suprimido deve ser considerado como causa desse resultado.**

Ex.: João, intencionalmente, ateia fogo na casa de Maria com ela dentro, de modo que esta venha a óbito. Se eliminarmos a conduta de João a morte de Maria teria ocorrido? Então a conduta dele foi causa.

Ex.: A tem ideia para cometer um crime. Fala com B e B o instiga. C empresta a arma sabendo que era para matar D (auxílio material). A acaba matando B com as próprias mãos (sem o uso da arma de fogo emprestada).

- A → quer matar
- B → instiga para ele matar mesmo
- C → empresta a arma de fogo

Na investigação da relação de causalidade, temos que eliminar hipoteticamente cada uma das condutas para saber qual delas deu causa ao resultado.

- Se eliminar a conduta de A → D não morre
- Se eliminar a conduta de B → D também não morre pois, pelo contexto, a instigação foi essencial
- Se eliminar a conduta de C → D morre de qualquer forma. Sem o auxílio de C, a conduta mesmo assim teria ocorrido, de modo que a conduta de C não foi causa do resultado típico. Mesmo que C tenha feito conduta de emprestar a arma, **essa conduta não deu causa ao resultado**.

Crítica: A teoria dos antecedentes causais gera um grande inconveniente apontado pela Doutrina: **Permite o regresso "ad infinitum".**

Se formos regressando cada vez mais no tempo e eliminando condutas que geraram outras, por exemplo, chegaríamos ao ponto de que se a mãe de João não tivesse dado à luz a ele, ele não teria existido e nem causado a morte de Maria. Assim, essa conduta teria sido causa, o que é bizarro. Então esse regresso deve ser feito somente até onde há relevância, analisando não só a causalidade física, como a causalidade psíquica/subjetiva, verificando dolo/culpa.

2) TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA:

A Teoria da causalidade Adequada veio para limitar o nexo causal nos desdobramentos causais extraordinários produzidos pelas concausas relativamente independentes. Ou seja: veio limitar esse regresso ao infinito promovido pela Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais

- ☞ **Adotada como exceção, no §1º, para concausa relativamente independente que por si só produziu o resultado.**

Por essa teoria, são consideradas apenas as circunstâncias indispensáveis/idôneas/eficazes à produção do resultado, capazes de causá-lo quando e como ele ocorreu;

Aqui, utiliza-se para a análise um **juízo de probabilidade/estatístico**, avaliando aquilo que normalmente acontece como desdobramento natural de uma conduta, e excluindo os fatos inidôneos e improváveis.

Ex.: A atira em B e B morre por causa de uma infecção hospitalar no ferimento:

- Pela Teoria dos Antecedentes Causais → se retirarmos o disparo ela não morre, logo disparo é causa do resultado.
- Pela Teoria da Causalidade adequada → tem que analisar a conduta **e perceber quais são seus desdobramentos estatísticos prováveis, e verificar se eles estão compatíveis com o resultado**. Quem atira em alguém, acaba produzindo estatisticamente uma morte por infecção hospitalar no ferimento.
- Entretanto, se ele morre porque está em uma ambulância que bate em um carro, o disparo de arma de fogo não causa o risco estatístico de morte por acidente de ambulância. Por isso, a **causa disparo de arma de fogo não é adequada ao resultado morte por acidente de trânsito.**

Segundo o autor Claus Roxin, só é causa uma conduta que possui uma tendência geral a produzir o resultado típico, enquanto as condições que, por mera causalidade houverem provocado o resultado são juridicamente irrelevantes. Essa teoria elimina resultados extravagantes, como o citado acima da morte por acidente de trânsito. Ademais, apresenta como vantagem a eliminação do regresso ao infinito.

O nexo de causalidade não se afere por meio da simples eliminação hipotética, mas por intermédio de um **juízo de prognose póstuma objetiva**. O conhecimento das causas e condições, no caso concreto, deve se realizar por meio de um **prognóstico** (previsão do que poderia acontecer) póstumo (realizado posteriormente), sob a perspectiva **objetiva**, terceiro observador. Em outras palavras, para se verificar a

relação de causalidade entre conduta e resultado, deve-se analisar se, no momento da conduta, o resultado se afigurava como provável ou possível, segundo um prognóstico capaz de ser realizado por uma pessoa mediana.

3) TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA:

Ao contrário do que o nome sugere, esta teoria não defende a aplicação de responsabilidade objetiva. Trata, na verdade, de delimitar, **objetivamente**, como será feita a **imputação (atribuição) do resultado** ao agente.

A Teoria da Imputação Objetiva busca impedir o regresso ao infinito decorrente da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Não substitui a citada teoria, mas a complementa, inserindo, além da análise do nexo físico (relação entre a conduta e o resultado – que é o que está presente na causalidade simples), o **nexo normativo,** para a análise objetiva da relação de causalidade.

Para que se evite o regresso infinito nesta análise, dentro da teoria da conditio sine qua non (adotada pelo CP), faz-se necessário analisar a **causalidade psíquica/subjetiva**, ou seja, os elementos subjetivos (dolo ou culpa do agente) – o que seria, na verdade, a imputação **subjetiva** do resultado. Isso seria um problema, por exemplo, para os causalistas e neokantistas, já que dolo e culpa estão apenas na culpabilidade.

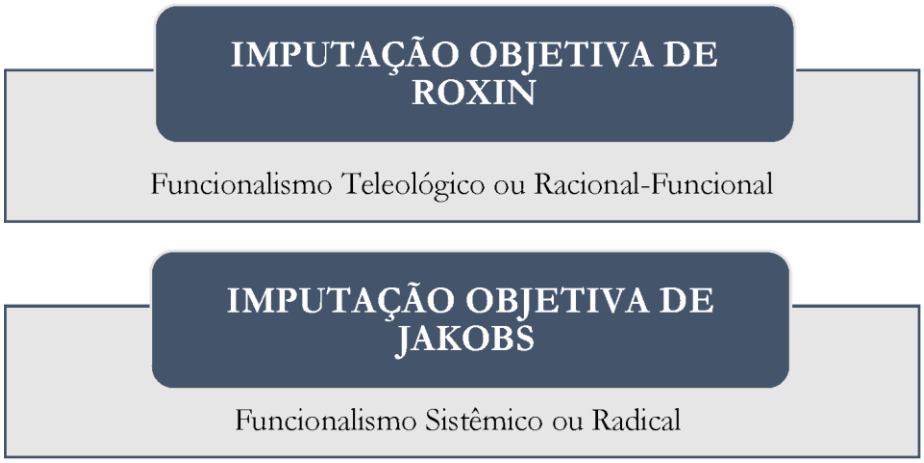
Já na teoria da imputação objetiva, analisa-se nexo físico **+ nexo normativo**, que analisa **objetivamente** a finalidade do agente, definindo a relação de causalidade de forma objetiva, dispensando, neste primeiro momento, a análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa) – que formaria a imputação subjetiva, o que só ocorrerá em momento seguinte.

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA se insere na **TIPICIDADE OBJETIVA** → vai verificar se vai imputar aquele comportamento ou resultado (a depender da teoria adotada), antes mesmo de analisar o dolo e culpa.

Ou seja: o caminho é: praticou uma conduta → 1º deve-se verificar se há nexo pela *conditio sine qua non*? → SE SIM → AGORA SIM VAMOS VERIFICAR A IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

1 -	Prática da conduta (analisa se houve conduta)
2 -	Verificar se houve nexo pela Teoria da Conditio Sine Que non
3 -	Analisa a tipicidade objetiva (o fato de adequa à alguma norma?)
4 -	Analisa a imputação objetiva (que está inserida na tipicidade objetiva)
5 -	Analisa a tipicidade subjetiva (ver se há dolo ou culpa)

A teoria da imputação objetiva requer que a conduta do agente represente um risco proibido ao bem jurídico tutelado, risco esse que deve ter sido produtor do resultado.



IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ROXIN:

Considerações importantes:

(1) A imputação objetiva de ROXIN é imputação do **RESULTADO**

(2) O ponto central da imputação objetiva de Roxin é a ideia do risco - **TEORIA DO RISCO**

Ele se apropria da ideia de sociedade de risco da sociologia. E ele constata que, em sociedades complexas, **o risco é inerente à sociedade**. Acabamos assimilando que determinadas condutas de risco são fundamentais ao funcionamento da sociedade.

A solução encontrada pelo finalismo para evitar o regresso ao infinito gerado pela causalidade simples foi delimitá-la por intermédio do dolo e da culpa (causalidade subjetiva). **Já para Claus Roxin**: os problemas de imputação não devem ser resolvidos nos tipos subjetivos, dolo ou culpa, mas dentro do tipo objetivo **(por isso a imputação é objetiva).** Em outras palavras, para a teoria da imputação objetiva a solução para a causalidade deve decorrer no tipo objetivo sem perquirir o tipo subjetivo dolo ou culpa. O autor acrescenta ao nexo físico, a causalidade normativa, isto é, nexo normativo. Portanto a análise deve seguir as seguintes etapas: 1-teoria da equivalência dos antecedentes conjugada com a eliminação hipotética de Thyrén (causalidade objetiva) 2-imputação objetiva. 3-dolo ou culpa (causalidade subjetiva).

Roxin traz os seguintes elementos para analisar o nexo normativo:

(1) CRIAÇÃO OU INCREMENTO DE UM RISCO PROIBIDO OU NÃO PERMITIDO

Atividades de risco desenvolvidas cotidianamente, ainda que possam estar relacionadas com resultados lesivos ao bem jurídico, não podem acarretar responsabilidade penal, pois são riscos socialmente aceitos/adequados. Ou seja: são riscos toleráveis pela sociedade

Ex.: Andar de avião. É arriscado, mas é permitido.

→ **Caso concreto citado por Roxin e Jakobs**: João deseja a morte de seu tio, Pedro. Para isso, ele convence Pedro a andar de avião frequentemente, rezando para que o avião caia. Nesse caso, embora ele queira a morte da pessoa (ele tem o dolo, porque ele quer), **ele não responde por homicídio, caso o avião caia e Pedro morra, porque não há a criação ou incremento de um risco não permitido**.

→ Dirigir com velocidade muito acima do permitido é um risco proibido que dá causa à imputação do resultado.

(2) REALIZAÇÃO DO RISCO NO RESULTADO

Embora tenha criado ou aumentado um risco não permitido, se esse risco não se realizar no resultado, não haverá imputação pelo crime.

Ex.: Se ele atropelar alguém em razão do excesso de velocidade, haverá imputação do resultado morte. No entanto, se constatar que mesmo trafegando na velocidade permitida o atropelamento teria ocorrido, significa que o risco incrementado (excesso de velocidade) não eliminou o resultado morte advindo do atropelamento, pois o acidente ocorreria da mesma maneira.

(3) RESULTADO DENTRO DA LINHA DE DESDOBRAMENTO CAUSAL NORMAL DA CONDUTA

Somente haverá responsabilização penal se **A CONDUTA DO INDIVÍDUO AFRONTAR A FINALIDADE PROTETIVA DA NORMA.** Ou seja: se o resultado estiver fora da esfera de proteção da norma, não haverá imputação objetiva.

Assim, se, embora o indivíduo tenha criado ou aumentado um risco não permitido, e embora esse risco tenha gerado um resultado, **se esse resultado não violar o objeto de proteção da norma, não haverá imputação objetiva.**

Em outras palavras: não é qualquer ação/omissão do agente que será considerada causa do resultado, mas tão somente as que criaram ou aumentaram um risco proibido, com realização desse risco no resultado e o resultado estando dentro da linha de desdobramento normal da conduta.

Ex.: A atropela negligentemente alguém e lhe causa a morte. A mãe da vítima, ao receber a notícia do acidente, começa a chorar e sofrer um ataque nervoso, vindo a falecer. **O resultado morte da mãe da vítima não poderá ser imputado ao atropelador A, pois as normas de trânsito que A descumpriu buscam regulamentar o tráfego e não a saúde mental das pessoas**. Ou seja: a finalidade protetiva das normas de trânsito não é tutelar a saúde da mãe das vítimas, logo não é possível imputar o resultado.

Ex.: um dependente químico, em decorrência de abuso do uso de substância entorpecente vem a óbito. Esse resultado morte pode ser imputado a quem lhe vendeu a droga? A resposta é não. O agente gerou um risco proibido e praticou tráfico, porém, **o resultado morte não está dentro da linha de desdobramento normal do tráfico, não é o que o tipo penal busca proteger**!

Há 2 categorias que são estudadas dentro desse 3º requisito: Essas categorias estão na análise do alcance do tipo penal. Isso porque, ainda que haja a criação de um risco proibido, e que esse risco se realize em um resultado, não haverá imputação objetiva se esse resultado não esteja dentro do âmbito de proteção da norma.

1ª. **AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO:** A autocolocação em perigo responsável ou próprio ocorre quando a própria vítima, voluntariamente, se coloca em situação de perigo **GERADA/PRODUZIDA POR ELA MESMA**. No entanto, há a figura de um terceiro que **INDUZ OU INSTIGA** a vítima a se colocar nessa situação de perigo. Nesse caso, ele seria responsabilizado pelo resultado gerado?

- Regra: Terceiro **não responde**

- Exceção: Terceiro responderá se a participação for dolosa e ele tiver mais conhecimento do que a própria vítima.

2ª. **HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA:** Ocorre quando a pessoa se coloca em **RISCO PRODUZIDO POR OUTRA PESSOA.** Nesse caso, o terceiro deverá ser responsabilizado?

- Regra: Terceiro **responde**
- Exceção: Não responderá se a vítima tiver o mesmo conhecimento do risco que ele e plena autonomia para fazer cessar risco produzido.
- Claus Roxin examina fatos em que o ofendido autoriza, de modo livre e consciente, a que alguém o coloque em situação perigosa, como ocorre no exemplo do passageiro que solicita carona a um motorista visivelmente embriagado, vindo a ferir-se num acidente automobilístico.

***** Obs.: Em ambos a vítima se coloca no perigo, a diferença é quem gera o risco/quem tem o domínio sobre o risco/quem realiza efetivamente a situação arriscada.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE JAKOBS

Günther Jakobs também tem sua vertente da imputação objetiva, porém, menos discutida na doutrina.

Considerações importantes:

(1) A Imputação objetiva de Jakobs é **DO COMPORTAMENTO** (E não do resultado)

(2) A ideia central é a ideia de **PAPÉIS SOCIAIS/EXPECTATIVAS** – Em uma sociedade complexa, cada pessoa tem seu papel na sociedade.

→ O comportamento social do homem será vinculado a um **feixe de expectativas** que a sociedade deposita no indivíduo como um instrumento redutor de complexidade, e que Jakobs chama de papéis (ou competências) papel social

Requisitos para a exclusão da imputação (se presente algum deles, não há imputação):

(1) RISCO PERMITIDO

Mesma ideia de ROXIN, mas trabalhada com a ideia de **feixe de expectativas**. Assim, o **risco permitido está dentro do feixe de expectativas esperadas pela sociedade** e diz respeito aos **papéis sociais que, embora perigosos por um aspecto, são necessários e aceitos pela sociedade**.

Ou seja, **são riscos inerentes às configurações sociais que devem ser tolerados como rico permitido. Logo,** se o risco é permitido, significa que o agente está se comportando de acordo com o seu papel na sociedade, e não há crime

Ex.: Todos na sociedade têm um papel social. Se o indivíduo tem o papel social de ser um piloto de aeronave, ele gera um risco, mas é um risco permitido porque está dentro do feixe de expectativas do que a sociedade espera dele. A sociedade espera que haja um piloto no avião.

(2) PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Como vivemos numa sociedade complexa, **as pessoas numa mesma sociedade devem confiar umas nas outras no sentido de que cada pessoa irá cumprir o seu respectivo papel social.** ("cada um cuida da sua vida, não precisa fiscalizar para saber se cada um cumpriu seu papel").

Assim, se eu atuo dentro do meu papel social, dentro do feixe de expectativas que a sociedade depositou para mim, não posso responder pelo comportamento criminoso se um outro indivíduo violar o seu respectivo social.

Ex. Num ato cirúrgico, tido como um dos mais complexos, o médico confia que a pessoa encarregada de esterilizar o bisturi o tenha feito. O médico tem que cumprir seu papel social de operar. Ele não precisa ficar fiscalizando para ver se o instrumentalista esterilizou os instrumentos, pois esse é o papel social do instrumentalista.

> **JAKOBS:** "Não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que outros se manterão dentro dos limites de perigo permitido".

(3) **PROIBIÇÃO DE REGRESSO** (autoexplicativo – e traz a mesma ideia, só tem relevância regressar até onde há violação do papel social)

Se determinada pessoa atuar de acordo com limites de seu papel social, sua conduta, mesmo que contribuindo para o sucesso da infração penal levada a efeito pelo agente, não lhe poderá ser imputada.

Ex.: O autor compra uma peça de pão para envenená-lo e matar alguém. **Mesmo que o padeiro soubesse da finalidade ilícita do agente ao comprar o pão, não poderia responder pela infração penal, pois a atividade de vender pães, seja qual for a sua utilização, consiste no papel social de padeiro.** Dessa forma, como o padeiro estava atuando dentro do limite do seu papel social, não lhe pode ser imputado o comportamento criminoso de outrem.

(4) CAPACIDADE DA VÍTIMA

Nesse último requisito entram hipóteses residuais que atribuiriam à vítima a violação do seu papel (ao se colocar em uma situação de risco), não podendo responsabilizar outro indivíduo, que não a própria vítima.

Assim, se a vítima se autocoloca em perigo, resta afastada a responsabilidade do agente.

No exemplo dado acima sobre a morte do usuário de drogas, podemos acrescentar como fundamentação para a não responsabilização do traficante por esse resultado, a autocolocação em perigo, vez que o falecido se expôs conscientemente ao risco.

CONCLUSÃO: Ambas as vertentes (Imputação de Roxin e de Jakobs) buscam a mesma coisa: definir objetivamente a relação de causalidade. A "diferença", é o sentido que cada um deu à sua teoria. E aqui, lembremos do que estudamos sobre o funcionalismo de cada um. Enquanto para Roxin não haverá nexo causal se não foi violado ou ameaçado aquilo que o ordenamento jurídico buscava proteger (para ele a função do DP é proteger bens jurídicos), para Jakobs não existirá o nexo causal e não será crime se o agente não

tiver violado seu papel na sociedade (para ele a função do DP é assegurar o império da norma). Tema bastante interessante para uma discursiva!

Vamos de tabelinha?

NEXO CAUSAL / RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	
Teoria da equivalência dos antecedentes ou conditio sine qua non. (**nexo físico + elementos subjetivos**) Art. 13, caput, CP.	● Causa é **todo e qualquer acontecimento provocado pelo agente,** sem o qual o resultado não teria ocorrido **como** e **quando ocorreu.** ● **Método de eliminação hipotética**
Teoria da causalidade adequada §1º do artigo 13 do CP	● Causa é **todo e qualquer comportamento humano** adequado/idôneo/eficaz/**capaz de produzir o resultado como ele ocorreu.** ● Mais restrita que a primeira. ● **Juízo de probabilidade/estatístico aquilo que normalmente acontece**
Imputação objetiva (Claus Roxin) Não tem previsão legal STJ já aplicou (**Nexo físico + nexo normativo + e só depois elementos subjetivos**)	● Adiciona ao nexo de causalidade **a criação de um risco proibido** ou o **aumento** de um já existente, a **realização desse risco no resultado**, exigindo que o resultado esteja na linha de desdobramento causal NORMAL da conduta, ao que se dá o nome de **nexo normativo.** ● Só se aplica aos **crimes materiais**, pois precisa haver resultado. ● Lembrar que Jakobs aponta outros critérios.

Juris relevante: É inepta denúncia que impute a prática de homicídio na forma **omissiva imprópria** quando não há descrição clara e precisa de como a acusada – médica cirurgiã de sobreaviso – poderia ter impedido o resultado morte, sendo insuficiente a simples menção do não comparecimento da denunciada à unidade hospitalar, quando lhe foi solicitada a presença para prestar imediato atendimento a paciente que foi a óbito. De igual modo, é também inepta a denúncia que, ao descrever a conduta da acusada como sendo dolosa, o faz de forma genérica, a ponto de ser possível enquadrá-la tanto como culpa consciente quanto como dolo eventual. STJ. 6a Turma. RHC 39.627-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 8/4/2014.

Quando se imputa a alguém **CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO** (art. 13, § 2o, "b", do CP), **é necessário que se demonstre o NEXO NORMATIVO (também chamado de NEXO DE EVITAÇÃO) entre a conduta omissiva e o resultado normativo,** porque só se tem por constituída a relação de causalidade se, baseado em elementos empíricos, for possível concluir, com alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida fosse efetivamente realizada. Na hipótese em foco, a denúncia não descreveu com a clareza necessária qual foi a conduta omitida pela denunciada que teria impedido o resultado morte, com probabilidade próxima da certeza. (Via Dizer o Direito)

Caiu em prova - Delegado Acre/2017 - Sobre causalidade e imputação objetiva, assinale a resposta correta.
A – Para a teoria da imputação objetiva em Roxin. não há riscos juridicamente irrelevantes em ações dolosas.
Errada. Para ele, se não há risco juridicamente relevante não deve incidir o direito penal.
B – A teoria da equivalência dos antecedentes, adotada no Código Penal, é abolida pela imputação objetiva, que renega a existência de uma causalidade natural.
Errada. Nem foi abolida, vez que a imputação objetiva complementa, nem há renegação por esta da causalidade natural, mas apenas impõe limites a esta.
C – A teoria da *conditio sine qua non* tem como consequência o regresso ad infinitum na análise dos antecedentes causais, o que pode ser evitado, entre outras análises, pela imputação objetiva.
Verdadeira. Exatamente o que já vimos.
D – A imputação objetiva dispensa a realização do risco juridicamente desaprovado no resultado.
Errada. Exige.
E – O Código Penal brasileiro - no que concerne ao nexo causal – adota expressamente a teoria da causalidade adequada.
Errada. Esta é a exceção e não há uma adoção "expressa". A regra é a da *conditio sine qua non*.

2. CONCAUSAS

O resultado, não raras vezes, é feito de **pluralidade de comportamentos**, associação de fatores, entre os quais a conduta do agente aparece como seu principal (mas não único) elemento desencadeante.

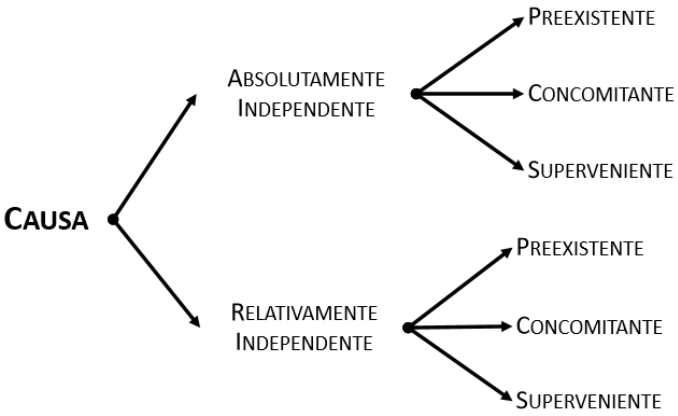
Nesse sentido, concausas consiste na pluralidade de causas concorrendo para o mesmo evento.

As concausas podem ser:

☠ **As espécies de concausas foram objeto da prova oral do MPMG em 2020!**

- **Dependentes**: Não são capazes de produzir, por si só, o resultado. Precisam da conduta do agente e, por isso, não excluem a relação de causalidade;

- **Independentes**: Capazes de produzir, por si só, o resultado, ou seja, não dependem da conduta do agente. Podem ser absolutas ou relativas, como veremos à frente.



- **Concausa absolutamente independente:** Ocorre quando há uma concausa capaz de produzir por si só o resultado e que NÃO se origina da conduta do agente. É totalmente desvinculada, motivo pelo qual ocorre a **EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO DAQUELE RESULTADO** (deixa de ser causa, exclui o nexo e responde por tentativa.

Pode ser:

(a) Absolutamente independente <u>preexistente</u>: Anterior à conduta concorrente do agente. A alveja B com disparo de arma de fogo, mas B morre em razão do veneno ministrado a ele anteriormente por C e não em razão do tiro.

- **O veneno é causa pré-existente –** por ser anterior ao disparo de arma de fogo.
- **Absolutamente independente –** pois a vítima não bebeu o veneno em razão do disparo de arma de fogo. Não há qualquer relação entre o disparo e o veneno: se retirar o disparo, ainda assim, a vítima irá ingerir o veneno.
- **Que exclui a imputação do resultado morte –** Pois não foi o disparo de arma de fogo que causou a morte. Retirando o disparo de arma de fogo do processo causal, a morte ocorreria como ela ocorreu? SIM! A vítima morreria do mesmo jeito: envenenada.

Aqui, "A" responderia por <u>tentativa</u> de homicídio e "C" por homicídio consumado

(b) Absolutamente independente <u>concomitante</u>: é aquela que ocorre <u>ao mesmo tempo</u> que a conduta do agente – Seguindo o exemplo anterior, 'A' alveja 'B' com disparo de arma de fogo, mas 'B' morre em razão de traumatismo craniano por um tijolo de um prédio que ao mesmo tempo da conduta de A caiu e atingiu a sua cabeça.

- **Causas absolutamente independentes →** pois um disparo não tem nada a ver com o traumatismo craniano.
- Como o resultado foi causado pelo traumatismo, exclui-se o resultado morte de 'A', que responde por homicídio tentado.

"A" também responderá por tentativa de homicídio.

(c) Absolutamente independente superveniente: 'A' causa efetiva é posterior à conduta do agente. Ex.: 'A' coloca veneno na comida de 'B'. Antes que o veneno cause a morte de 'B', 'C' entra na casa dele e o mata com um tiro.

- O tiro é uma causa absolutamente independente → mesmo sem o envenenamento, ele teria morrido de qualquer jeito pelo disparo efetuado por 'C'.
- 'A' só responde pela tentativa de homicídio, justamente porque, por causas alheias à sua vontade, 'B' morreu pelo disparo de tiro, e não pelo veneno como ele queria.

'A' responderá por tentativa de homicídio e 'C' por homicídio consumado.

A **concausa absolutamente independente**, por produzir por si só o resultado, rompe o nexo causal entre o resultado e a conduta do agente, fazendo com que este responda apenas pelo crime na modalidade **TENTADA**. Adotou-se aqui a regra geral do artigo 13 do CP, teoria da *conditio sine qua non.*

- **Concausa Relativamente independentes**: A causa concorrente se origina direta ou indiretamente da conduta do agente, ou seja, ambas, em conjunto, levarão ao resultado final. Assim, ao contrário das absolutamente independentes, estas **NÃO EXCLUEM A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO.**

Podem ser:

(a) Relativamente independente preexistente: Anterior à conduta concorrente do agente. O típico exemplo do hemofílico. 'A', querendo matar 'B' e sabendo ser ele hemofílico, desfere contra ele uma facada na perna que, sozinha, não causaria a sua morte, mas que por esta condição, a morte ocorreu. A doença era anterior à facada, agindo as duas em conjunto, de modo que o agente responde pelo crime consumado.

- O fato de ele ser hemofílico, por si só, não levaria ele à morte.
- A facada, por si só, também não o levaria à morte (por ter sido deferida em lugar não letal)
- A hemofilia e a facada são dependentes uma da outra para ocorrer o resultado. **Ou seja: é a soma das causas que leva ao resultado morte.**

Causas relativamente independentes não excluem a imputação. Logo, o indivíduo que desferiu as facadas deve responder pelo resultado morte.

Sobre o tema, destaca-se a jurisprudência:

> A existência de doença cardíaca de que padecia a vítima configura-se como concausa preexistente relativamente independente, **não sendo possível afastar** o resultado mais grave (morte) e, por consequência, a imputação de latrocínio. HC

704.718-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 16/5/2023, DJe 23/5/2023. (Info 777 STJ)

Verificado que a lesão é o resultado das agressões sofridas, a existência de concausa anterior relativamente independente não impede a condenação pelo crime de lesão corporal grave. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.882.609-MS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 13/3/2023. (Info 770).

(b) Relativamente independente concomitante: ocorre ao mesmo tempo que a conduta do agente. Ex.: 'A', objetivando matar 'B', efetua disparo de arma de fogo contra a vítima, não vindo, contudo, a atingi-la. 'B', em decorrência do susto causado pelo disparo, sofre um infarto e falece. A morte se deu pelo conjunto das causas, de modo que 'A' responde pelo delito consumado.

- O disparo, por si só, não levaria ele à morte. Assim como o colapso cardíaco, por si só, também não o levaria à morte.
- O que levou à morte foi a conjunção dos dois resultados: uma causa depende da outra. (causa efetiva= colapso e causa concorrente= disparo).

Se uma causa depende da outra, não haverá a exclusão do resultado morte, e 'A' deve responder pelo homicídio.

(c) Relativamente independente superveniente: É posterior à conduta do agente.

- **Regra:** Em regra, as concausas relativamente independentes NÃO excluem a imputação.
- **Exceção:** Art. 13, §1º - Eventualmente, as concausas relativamente independentes podem excluir a imputação, fugindo à regra geral, quando, por si só, produzirem o resultado.

Atenção!!! Esta vai se subdividir em duas hipóteses:

i. **Que por si só produz o resultado**: 'A' atira em 'B' e este é socorrido. Estando no hospital, com vida, o teto desaba e ele vem a falecer em decorrência do desabamento. Qual seria a responsabilidade de 'A'? Sabemos que se não fosse o tiro, ele não estaria no hospital, é verdade. Mas aqui, é a **EXCEÇÃO em que o CP adotou a teoria da causalidade adequada** (§1º do art. 13), mais restrita, em que há um juízo de probabilidade do que normalmente acontece (todas as demais hipóteses de concausas são analisadas com base na conditio sine qua non). **Tendo em vista que o desabamento de um teto não está dentro do resultado esperado advindo de um tiro**, houve o **rompimento do nexo causal,** de modo que o agente responde apenas por tentativa. (situação imprevisível, que seja apto a produzir o resultado, exclui a imputação e só responde por tentativa).

Caiu na Prova Delegado PC-ES/2022 - Em relação a conceitos e previsões presentes na Parte Geral do Código Penal, assinale a opção correta: Se o agente ferir alguém com uma faca no pescoço, com nítida intenção de matar, mas a vítima for socorrida e levada ao hospital e, durante a internação, morrer em decorrência de

uma explosão acidental no hospital, o agente responderá por tentativa de homicídio. **(item correto)**. Aqui trata-se de um exemplo como acima mencionado, causa relativamente independente que por si só produz o resultado.

ii. **Por si só não produz o resultado:** Aqui, com base no mesmo exemplo anterior, suponhamos que 'B' morre em razão de infecção nos ferimentos decorrentes do tiro. Tendo em vista que não fosse o tiro não haveria a infecção e que esta infecção é uma possibilidade normal, que se encontra dentro das consequências esperadas de um tiro, o agente responde pelo delito consumado.

Macete sobre as concausas:

- **BIPE** = broncopneumonia; infecção hospitalar; parada cardiorrespiratória e erro médico = não cortam o nexo causal = o agente matou a vítima. TAMBÉM NÃO ROMPE A FALTA DE ATENDIMENTO MÉDICO (decisão STJ).
- **IDA** = incêndio; desabamento e acidente com a ambulância = cortam o nexo causal = o agente responde apenas pela tentativa.

☠ **O Exemplo do erro médico foi abordado na prova oral do MPMG/2020**

ENTENDA: o incêndio no hospital é um desdobramento causal anormal que gera um rompimento com a conduta inicial (disparo por arma de fogo).

O indivíduo que toma um tiro pode morrer do tiro, mas pode morrer também de uma infecção hospitalar ou de um erro médico, que são desdobramentos naturais do tiro. No entanto, quem toma um tiro, não morre envenenado, não morre asfixiado, não morre queimado, não morre soterrado, não morre pelo incêndio do hospital. Essas são mortes anormais, são causas que, por si só, produzem o resultado, pois há um rompimento na linha de desdobramento físico causal natural.

- Por si só produz o resultado → contexto que não corresponde a um **desdobramento físico ou natural** da conduta→ impede a imputação do resultado → só responde pelos atos anteriores (tentativa)
- Não produz por si só o resultado → o contexto corresponde a um desdobramento físico ou natural da conduta → cabe a imputação do resultado ao agente → responde pelo resultado produzido de acordo com seu dolo.

Se liga na tabela para revisar:

CONCAUSAS RELATIVAMENTE INDEPENDENTES		
ESPÉCIE	**EXEMPLO**	**RESPONSABILIZAÇÃO**
Preexistente	Vítima hemofílica.	**Não há rompimento do nexo de causalidade** e o agente responde pelo resultado causado. **Aplica-**
Concomitante	A vítima, apesar de não ter sido atingida, se assusta e	

	sofre um infarto.	**se o art. 13, caput, do CP (teoria da *conditio sine qua non*).**
Superveniente*	Modalidade **"não por si só produz o resultado"**: Morte por infecção hospitalar.	
	Modalidade "**por si só produz o resultado**": Morte pelo desabamento do teto do hospital.	**Há rompimento do nexo de causalidade** e o agente responde pelo seu dolo, apenas os atos praticados (tentativa) e não pelo resultado. **Aplica-se o art. 13, §1º, do CP.**

IV – TIPICIDADE

É o elemento do fato típico presente em todo e qualquer crime. Conforme a doutrina moderna, a tipicidade penal é formada por:

- **Tipicidade Formal:** Juízo de subsunção do fato à norma;
- **Tipicidade Material:** Lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

TIPICIDADE CONGLOBANTE

Há ainda a **TIPICIDADE CONGLOBANTE,** preconizada por **Zaffaroni**, que **é** formada pela **tipicidade material + antinormatividade**. **(QUESTÃO PROVA ORAL DELEGADO PC-SE/2019).**

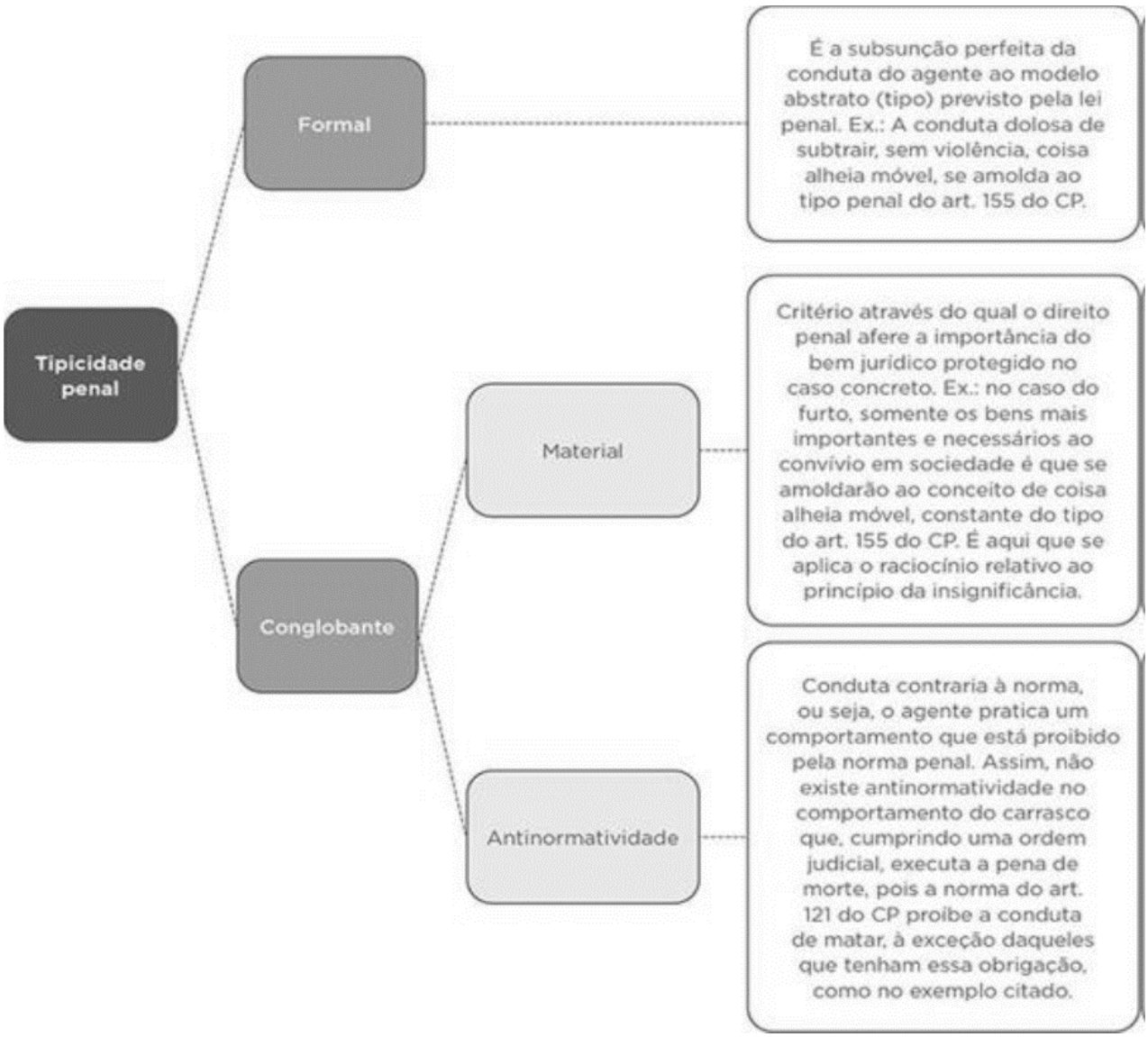
A antinormatividade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo. Para ele, não se pode considerar ilícita uma conduta que é determinada ou fomentada pelo Estado. Assim, para o autor, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, que para a doutrina majoritária e para o CP constituem causas excludentes de ilicitude, seriam, na verdade, causas de exclusão da tipicidade, tornando, por consequência, a conduta atípica, justamente por achar absurdo que alguém que esteja cumprindo seu dever legal ou esteja exercendo uma atividade fomentada pelo direito tenha estas ações consideradas como fatos típicos.
Um exemplo é do oficial de justiça que promove penhora de bens em razão de cumprimento de mandado (ele está nada menos que subtraindo coisa alheia móvel), que só ficará isento de responsabilidade na análise do segundo elemento do crime, enquanto não deveria sequer haver tipicidade penal.
Já legítima defesa e estado de necessidade continuariam como excludentes de ilicitude, segundo esta teoria, vez que não são fomentadas e nem determinadas pelo Estado, mas tão somente toleradas.
O STJ já adotou a tipicidade conglobante (AP 638).

> "(...) TIPICIDADE X ANTINORMATIVIDADE. TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE (...) 3. A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de

> relevo para o Direito Penal (tipicidade material). Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba tudo aquilo que outra imponha ou fomente. (...). Portanto, a antinomia existente deverá ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico" (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral, 20ª ed. Niterói/RJ. Impetus, 2018, p. 261/262. (...) (Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial nº 1.421.747/SC, STJ, 5ª T., unânime, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10/03/2020, DJ 19/05/2020).

O nome conglobante decorre da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral. **Para a teoria da tipicidade conglobante:**

- **Tipicidade Penal = Tipicidade formal + tipicidade conglobante**
- Tipicidade Conglobante = Tipicidade material + antinormatividade
- Tipicidade Formal = adequação do fato ao tipo penal incriminador
- Antinormatividade = conduta não exigida ou não fomentada pelo Estado



*** ATENÇÃO**: O princípio da insignificância exclui a tipicidade material.

> (...) Em regra, o reconhecimento do princípio da insignificância gera a absolvição do réu pela atipicidade material. Em outras palavras, o agente não responde por nada. (Info. 913, STF)

Caiu em prova Delegado – PC-PI/2014 - Segundo a teoria da tipicidade conglobante proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni, quando um médico, em virtude de intervenção cirúrgica cardíaca por absoluta necessidade corta com bisturi a região torácica do paciente, é CORRETO afirmar que: não responde por nenhum crime, carecendo o fato de tipicidade, já que não podem ser consideradas típicas aquelas condutas toleradas ou mesmo incentivadas pelo ordenamento jurídico. **(item correto).**

V. ADEQUAÇÃO TÍPICA

É a tipicidade formal na prática. Há duas espécies de tipicidade formal:

(1) Subsunção direta ou adequação típica imediata: não há dependência de qualquer dispositivo complementar para adequar o fato à norma. Ex.: 'A' subtrai o celular de 'B'. Neste caso, o fato de subtrair coisa alheia móvel se enquadra diretamente ao art. 155 do CP.

(2) Subsunção indireta ou adequação típica mediata: há uma conjugação do tipo penal com a **NORMA DE EXTENSÃO**, também denominada de norma de adequação típica mediata. No nosso Código Penal temos 3 hipóteses:

A. Norma de extensão temporal: Tentativa (art. 14, II do CP). Os tipos penais não possuem definição direta de tentativa em cada um deles. Há essa norma geral que será combinada com o tipo penal não consumado. Ex.: 'A' tenta matar 'B'. Este fato não há subsunção direta ao art. 121. Neste caso, devemos utilizar do art. 121 do CP, cumulado com o art. 14, II, do CP.

B. Norma de extensão pessoal e espacial: Participação, artigo 29 do CP (esse artigo trata de todo o concurso de pessoas, mas o que tem relevância aqui é a figura do partícipe). Quem espera do lado de fora da casa enquanto o comparsa subtrai a televisão da vítima, embora não tenha subtraído coisa alheia móvel, como manda o tipo, responderá pelo furto qualificado pelo concurso de pessoas em razão da norma de extensão prevista no art. 29 do CP.

C. Norma de extensão da conduta: Crimes comissivos por omissão (em que há um garantidor): a conduta que só podia ser praticada por ação passa a ser praticada por omissão, quando o garante devia e podia agir para evitar o resultado. Art. 13, §2º, CP.

3. TEORIA DO TIPO

O tipo penal é aquele que descreve as condutas proibidas ou permitidas pelo direito penal de modo genérico e abstrato, ou seja, condutas criminosas ou as hipóteses em que a prática destas é tolerada (já vimos sobre isso nas classificações da lei penal).

Atenção: não confundir TIPO X TIPICIDADE. Enquanto o tipo é a figura penal que resulta da imaginação do legislador, a tipicidade consiste na averiguação se determinada conduta se amolda ou não nesse modelo imaginário pensado pelo legislador.

3.1 Funções do Tipo Penal

- ✓ **De garantia** (reserva legal, garantia do indivíduo, só a lei cria)
- ✓ **Fundamentadora** (fundamenta o direito de punir do estado)
- ✓ **Indiciária da ilicitude** (o fato típico é presumidamente ilícito – presunção relativa, que acarreta na inversão do ônus da prova quanto às excludentes)

- ✓ **Diferenciadora do Erro** (para que o agente seja responsabilizado por pela prática de um crime doloso, seu dolo deve alcançar todas as elementares do tipo. Caso ignore alguma delas, incorrerá em erro de tipo, afastando o dolo, nos termos do artigo 20 do CP. Por outro lado, estando delimitado o tipo penal e havendo dolo em relação a ele, não há que se falar em erro).
- ✓ **Seletiva** (seleciona as condutas proibidas (crimes comissivos) ou ordenadas (crimes omissivos) pelo direito penal.

3.2 Estrutura do Tipo Penal

Todos possuem **núcleo** e **elementos**, que formam o **tipo fundamental**. Quando há privilégios ou qualificadoras, acrescentam-se **circunstâncias**, formando os **tipos derivados**.

O **núcleo** é o verbo do tipo – Ex.: "subtrair", "matar". É o ponto de partida.

Os **elementos/elementares** se dividem em:

A. **Objetivos/descritivos:** trazem um juízo de certeza. Podem ser compreendidos por qualquer pessoa. Ex.: "coisa alheia móvel" no furto, "alguém" no homicídio etc.

B. **Subjetivos:** Se relacionam com o animus do agente, sua especial finalidade de agir, suas intenções. Ex.: "para si ou para outrem" no furto. Não basta a subtração de coisa alheia móvel, faz-se necessário o "*animus rem sibi habendi*", dolo de assenhoramento definitivo.

C. **Normativos:** Demandam um juízo de valor por parte do aplicador do direito. Ex.: "obsceno", "indevidamente", "cruel", "honesto", "pudor", "decoro" etc. Termos não definidos, que demandam uma interpretação caso a caso.

3.3 Classificações do Tipo Penal

3.3.1 Tipo Normal X Anormal

- **Tipo normal / neutro / acromático / avalorado:** é o que, além do núcleo, contém somente elementos objetivos/descritivos (ex.: matar alguém).
- **Tipo anormal:** é aquele que, além de núcleo e elementos objetivos, contém também elementos subjetivos e/ou normativos (no finalismo **TODOS** os tipos são anormais, vez que dolo e culpa estão no fato típico, como elemento da conduta e são essenciais a qualquer tipo).

3.3.2 Tipo Congruente X Tipo Incongruente

- **Tipo congruente (simétrico)** é aquele em que há perfeita congruência entre a vontade do agente e o fato tipificado (exemplo: crimes dolosos consumados).
- **Tipo incongruente (assimétrico)** é aquele em que não há congruência entre a vontade do agente e o fato por ele praticado (exemplo: os crimes tentados, os crimes culposos, preterdolosos). Se 'A' quer matar 'B', mas apenas o lesiona, há uma assimetria entre os elementos objetivos e subjetivos.

CONTEXTUALIZANDO: CAIU EM PROVA! Em regra, o tipo subjetivo está inteiramente voltado para a totalidade do tipo objetivo; assim ocorrendo, o tipo é chamado de congruente ou congruente simétrico. Como exemplo, tem-se o homicídio simples consumado, posto que, alcançado o resultado morte e tendo o agente obrado com animus necandi, haverá perfeita sintonia entre o tipo subjetivo (dolo homicida) e o tipo objetivo (matar alguém). Todavia, quando não há essa sincronia, opera-se o que se tem denominado de incongruência ou congruência assimétrica. Assim, tipos incongruentes ou congruentes assimétricos são aqueles que exigem algo a mais que o dolo, havendo um hipertrofiamento do aspecto subjetivo com relação ao objetivo. Esse "algo a mais" além do dolo é tratado como elemento subjetivo do tipo distinto do dolo (ou, para a doutrina clássica, dolo específico). São exemplos os delitos de intenção que contém expressões designativas de intenções especiais ("com o fim de", "em proveito próprio"), bem assim aqueles crimes chamados de tendência, como os contra os costumes em que se exige que a ação se desenvolva seguindo uma intenção sexual (satisfação da lascívia).

O professor paranaense Luiz Alberto Machado se reporta a uma outra terminologia sobre o tema: ele chama de tipos originariamente incongruentes (ou assimétricos), aqueles em que, de maneira textual, (a) o elemento objetivo vai além do elemento subjetivo (crime qualificado pelo resultado – aqui, há excesso objetivo); ao reverso, quando (b) o tipo subjetivo vai além do objetivo (excesso subjetivo), tem-se o chamado crime formal (consumação antecipada) e a que outros que exigem especial fim de agir. Por fim, fala-se em congruência defeituosa (assimetria); nestes casos, pode haver erro de tipo ou tentativa. A congruência defeituosa pode se dar em relação ao tipo subjetivo (este não vê a perfeição do tipo objetivo), e se observa no erro de tipo: EX.: o agente subtrai a coisa alheia móvel para si, crendo-a invencivelmente própria. Ao contrário, quando o defeito de congruência estiver situado no tipo objetivo, se está diante de hipótese de tentativa. Nesta hipótese, o tipo objetivo não se aperfeiçoa porque o verbo não se completa por um acidente de percurso no iter criminis (circunstâncias alheias à vontade do agente, art. 14, II, do Código Penal), como sucede, v.g., na tentativa de homicídio; daí porque, neste caso, a *conatus* também pode ser definida como um tipo penal acidentalmente incongruente ou incongruente *per accidens.*

3.3.3 Tipo Simples X Tipo Misto

- **Tipo simples:** o tipo penal contém apenas um núcleo. Ex.: matar.
- **Tipo misto (de conduta mista ou de conteúdo variado):** há mais de um núcleo (verbo) no tipo penal. Ex.: tráfico de drogas (guardar, vender, ter em depósito etc.)

Pode ser subdividido em:

(1) Tipo misto alternativo: mesmo com a prática de mais de um núcleo do tipo haverá crime único, desde que no mesmo contexto fático. (Ex.: prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos diversos, sob violência ou grave ameaça, no mesmo contexto fático – caracteriza crime único – STJ)

(2) Tipo misto cumulativo: são os que a pratica de mais de um núcleo do tipo, configurando concurso material de crimes (ex.: art. 244, CP Abandono material).

3.3.4 Tipo Fechado (Cerrado) X Tipo Aberto

- **Tipo fechado:** possui descrição minuciosa da conduta.
- **Tipo aberto:** não possui uma descrição completa e deve ser complementado por um juízo de valor, realizado pelo aplicador da lei no caso concreto. Exemplos:
  - Crimes culposos
  - Crimes omissivos impróprios
  - Quando há elemento normativo no tipo

*** Diferença entre tipo aberto e norma penal em branco:** esta última é complementada por lei ou ato administrativo, enquanto o primeiro é complementado por um juízo de valor.

3.3.5 Tipo Preventivo

Trata-se dos crimes-obstáculo. São as figuras em que o legislador incrimina de forma autônoma um fato que seria apenas um ato preparatório de outro crime, antecipando a tutela penal.

3.3.6 Tipo Penal Doloso X Culposo X Preterdoloso

A) DOLO

Vontade livre e consciente, dirigida a realizar ou aceitar realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador.

ELEMENTOS DO DOLO:

1) **Intelectivo/Cognitivo**: Consciência do agente quanto a sua ação ou omissão, ou seja, o conhecimento acerca da forma como ele próprio age e o mundo que o cerca. É o saber.
2) **Volitivo**: Vontade, é o querer do agente em relação a uma conduta por ele praticada.

Ou seja: o dolo é = SABER + QUERER
Se ele sabe, mas ele não quer → ele não tem dolo
Se ele quer, mas ele não sabe → ele não tem dolo

Dolo é a vontade livre e consciente dirigida finalisticamente à produção do resultado.
Dolo é o elemento cognitivo (consciência) conjugado com o elemento volitivo (vontade).

Aprofundando para uma prova discursiva...

*** Dentro do elemento cognitivo (saber), o que o indivíduo precisa ter consciência para que ele efetivamente tenha dolo? Ou seja: quais os limites desse conhecimento (do elemento cognitivo) para que eu possa tecnicamente afirmar que o indivíduo tinha dolo?**

Resposta: O conhecimento precisa ser ATUAL E REAL, precisa abranger as CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO DO TIPO OBJETIVO (são as elementares típicas), ou seja, ele precisa ter o conhecimento de todos os elementos

descritos no tipo penal incriminador, e precisa, ainda, abranger os ELEMENTOS PRESENTES E FUTUROS DO TIPO OBJETIVO.

*** Dentro do elemento volitivo (querer), o dolo deve ser:**

Vontade incondicional: a vontade dele deve estar dirigida incondicionalmente a um resultado
Capaz de influenciar o mundo exterior: Esse querer, para ser caracterizado como elemento volitivo, tem que ter a capacidade de influenciar no mundo real. Se esse querer não tem a capacidade de influenciar no mundo real, não temos um querer no sentido jurídico, temos uma mera esperança.

- **TEORIAS SOBRE O DOLO** (se dividem em cognitivas/intelectivas ou volitivas)**:**

1. **Teoria da vontade: Teoria volitiva.**
   - O fundamento central dessa teoria é a VONTADE. Ou seja: há dolo quando há vontade consciente de produzir o resultado. Logo, pela Teoria da Vontade, dolo é **a vontade consciente** de querer praticar a infração penal, não basta só prever.
   - **Adotada pelo CP** no que se refere ao dolo direto de 1º grau.

2. **Teoria da representação (ou da possibilidade): Teoria cognitiva/ intelectiva.**
   - haverá dolo quando o sujeito realizar sua ação ou omissão prevendo o resultado como certo ou provável (ainda que não o deseje) (Von Liszt e Frank).
   - Não faz distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

3. **Teoria do assentimento/ consentimento / aprovação: Teoria volitiva.**
   - No dolo eventual, além de prever o resultado, conforma-se com a sua realização ou aceita a sua produção. O agente, mesmo prevendo determinado resultado, decide prosseguir com a sua conduta, assumindo o risco de produzi-lo. Nesse caso, o indivíduo consente com a produção do resultado.
   - **Adotada pelo CP** para o dolo eventual.

ATENÇÃO: O Brasil adotou:
- Teoria da vontade: Dolo direto
- Teoria do assentimento: Dolo eventual

OUTRAS TEORIAS (CAEM EM QUESTÕES MAIS APROFUNDADAS):

4. **Teoria da probabilidade ou da cognição: Teoria cognitiva.**

Essa é uma das teorias que diferenciam "provável e possível". Assim, para a caracterização do dolo o autor deve entender o fato como provável e não somente como possível. Se for pouco provável, haverá culpa consciente.

- Probabilidade → gera dolo eventual
- Possibilidade → gera culpa consciente

5. **Teoria da evitabilidade: Teoria cognitiva.**

Pressupõe a representação do resultado como possível, o que bastará para a caracterização do dolo eventual. Contudo, **se o agente busca evitar o resultado através da ativação de contrafatores**, agindo concretamente, existirá culpa consciente.

- Culpa consciente → ativa contrafatores
- Dolo eventual → não ativa contrafatores
- Ou seja, existe dolo quando o agente, apesar de entender possível o resultado, não toma nenhuma medida para evitar que ele ocorra.

6. **Teoria do risco: Teoria cognitiva.**

A existência do dolo depende do conhecimento pelo agente do risco indevido (tipificado) na realização de um comportamento ilícito.

7. **Teoria do perigo a descoberto: Teoria intelectiva.**

Fundamenta-se apenas no tipo objetivo. Perigo a descoberto vem a ser a situação na qual a ocorrência do resultado lesivo subordina-se à sorte ou ao acaso. Caracterizado pela dependência de meros fatores de sorte-azar. Configura dolo eventual, ainda que o agente confie na ausência do resultado. Ex: roleta russa.

- Perigo desprotegido → é o perigo gerado que depende de **meros fatores de sorte ou azar**: **dolo eventual.**
- Perigo protegido → é caracterizado pela **evitação do possível resultado mediante o cuidado**, atenção do autor, da vítima ou de terceiros: **culpa consciente**

8. **Teoria da indiferença ou do sentimento: Teoria Volitiva.**

Estabelece a distinção entre dolo eventual e culpa consciente por meio do "alto grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou sua lesão.

ALGUMAS ESPÉCIES DE DOLO:

- **Dolo natural X dolo normativo:** Estudado no material anterior. Vamos fazer uma rápida retomada?
  - Dolo natural ou acromático - o elemento cognitivo do dolo não abrange o conhecimento da ilicitude. Não possui a consciência da ilicitude (adotado no modelo Finalista).
  - Dolo normativo - além dos elementos objetivos ou descritivos, exige o conhecimento acerca do potencial conhecimento da ilicitude (adotado no modelo Neoclássico).

- **Dolo direto X Dolo indireto:**
  - **a) DOLO DIRETO** – O agente, com sua conduta, prevendo determinado resultado, sai em busca de realizá-lo. Pode ser:
    - **De primeiro grau:** resultado certo e determinado buscado pelo agente;

- **De segundo grau**: também conhecido por "dolo de consequências necessárias". O agente danifica os freios do carro de 'A' durante a noite para causar um acidente e matá-lo, sabendo que todo dia pela manhã ele sai de carro. Porém, os filhos sempre vão junto e o agente sabe que a morte deles será inevitável e pratica a conduta mesmo assim, para alcançar seu objetivo principal.
- **De terceiro grau**: Consequência da consequência. O agente, objetivando matar seu inimigo político, coloca uma bomba no jatinho dele, sabendo que sua próxima viagem será com sua esposa, que está grávida. A morte do inimigo político seria o dolo de primeiro grau. A da esposa, de segundo. O aborto, de terceiro. É criticada e tida como desnecessária por parte da doutrina, vez que qualquer consequência estaria abarcada no dolo de segundo grau.

Segundo o autor André Stefan (Direito Penal Parte Geral V1) O **dolo**, ademais, ***abrange não só o objetivo perseguido*** pelo sujeito (*dolo de primeiro grau*), **mas também os meios escolhidos** para a consecução desse fim **e as consequências secundárias inerentemente ligadas aos meios escolhidos** (*dolo de segundo grau ou dolo de consequências secundárias*). Se o agente, pretendendo matar um gêmeo siamês, efetua contra ele um disparo de arma de fogo letal e, como consequência secundária inerentemente ligada aos meios e ao fim pretendido, leva à morte do irmão, responde por dois homicídios a título de dolo direto (de primeiro grau em relação ao seu desafeto e de segundo grau no tocante ao seu irmão). Exemplo interessante de dolo de segundo grau nos é fornecido pelo autor Cezar Bitencourt: imagine um terrorista que, pretendendo matar um importante líder político, decida colocar uma bomba no automóvel oficial e, com a explosão, provoque a morte do político e do motorista. Haverá dolo direto com relação às duas mortes. A do líder político será imputada a título de dolo direto de primeiro grau e a do motorista, de segundo grau.

Atenção!! Não se pode confundir o dolo direito de segundo grau com o dolo eventual. No dolo de segundo grau as consequências secundárias são *inerentes* aos meios escolhidos

b) DOLO INDIRETO: O agente, com sua conduta, não busca realizar um determinado resultado:

- **Dolo alternativo:** O agente prevê pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta na realização de qualquer deles, com igual intensidade a produzir um ou outro resultado.
- **Dolo eventual:** Embora o agente não deseje o resultado, assume o risco de produzi-lo. Age com indiferença.

TEORIA POSITIVA DO CONHECIMENTO: Reinhard Frank. "Seja como for, dê no que dê, eu não deixarei de agir".

- **Dolo cumulativo:** O agente pretende alcançar dois ou mais resultados típicos em sequência (progressão criminosa);

- **Dolo geral (erro sucessivo):** Ocorre quando o agente, supondo já ter alcançado um resultado por ele visado, pratica nova ação que efetivamente o provoca. Ex.: para matar seu inimigo, alguém o golpeia

fortemente, de modo que a vítima desmaia, fazendo o agente pensar equivocadamente que ela faleceu; em seguida, com a finalidade de simular um suicídio, deixa o ofendido suspenso em uma corda amarrada ao seu pescoço, asfixiando-o.

Atenção! Não se pode confundir o dolo geral com o erro sobre o nexo causal (aberratio causae) ou com a figura da consumação antecipada. No erro sobre o nexo causal realiza-se uma só conduta pretendendo o resultado, o qual é alcançado em virtude de um processo causal diverso daquele imaginado. Exemplo: uma pessoa joga seu inimigo de uma ponte sobre um rio (conduta), pretendendo matá-lo (resultado) por afogamento (nexo de causalidade esperado), mas a morte ocorre porque, durante a queda, o ofendido choca sua cabeça contra os alicerces da ponte (nexo de causalidade diverso do imaginado). A diferença fundamental entre o dolo geral e o erro sobre o nexo de causalidade reside no fato de que naquele há duas condutas, enquanto neste há somente uma. A consumação antecipada é, pode-se dizer, o oposto do *dolus generalis*, porquanto se refere a situações em que o agente produz antecipadamente o resultado esperado, sem se dar conta disso. Exemplo: uma enfermeira ministra sonífero em elevada dose para sedar um paciente e, após, envenená-lo; apura-se, posteriormente, que o óbito foi decorrência da dose excessiva de sedativo e não da peçonha ministrada *a posteriori*.

- **Dolo de propósito (refletido):** resulta da reflexão do agente. Ocorre nos crimes premeditados.
- **Dolo de ímpeto (repentino):** resulta de uma explosão emocional. Ocorre nos crimes passionais.

B) CULPA

Como já vimos, é elemento da conduta, que compõe o fato típico.

Consiste em uma conduta voluntária que realiza um fato ilícito não querido pelo agente, mas que foi por ele previsto (culpa consciente) ou lhe era imprevisível (culpa inconsciente) e poderia ter sido evitado se o agente atuasse com cuidado.

Rogério Greco diz que "a conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal".

Via de regra é **tipo penal aberto**, ou seja, a conduta não é descrita de modo detalhado (geralmente vem "se tal crime é culposo – pena tal"), demandando um juízo de valor pelo aplicador do direito. Mas há crime culposo com tipo fechado, como o art. 180, §3º do CP.

O fundamento da punibilidade de crimes culposos está no interesse público da proteção de bens jurídicos indispensáveis ao indivíduo e à sociedade. O homem vive em sociedade, então é responsável pelo que causa nela.

Porém, as penas são menores, vez que o desvalor da conduta é menor que nos crimes dolosos.

Em suma, para se saber se houve culpa ou não será sempre necessário proceder-se a um juízo de valor, comparando a conduta do agente no caso concreto com aquela que uma pessoa medianamente

prudente teria na mesma situação. Isso faz com que a culpa seja qualificada como um elemento normativo da conduta (necessita de um juízo prévio de valor).

*** ATENÇÃO**: as hipóteses de crimes culposos devem vir expressamente previstas em lei, desse modo, a regra é o dolo, enquanto a culpa é exceção.

*** Discursivas com consulta:** além do 18, II do CP, o CPM tem uma melhor definição do que seria o crime culposo (DICA: FAZER REMISSÃO)

> Art. 33. Diz-se o crime: (...)
> II - Culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

ELEMENTOS DA CULPA:

1) Conduta humana voluntária
2) Violação de um dever de cuidado objetivo (imprudência, negligência ou imperícia)
3) Resultado involuntário
4) Nexo de causalidade
5) Previsibilidade Objetiva
6) Tipicidade

1) Conduta VOLUNTÁRIA: Pode ser ação ou omissão;

ATENÇÃO! Embora o resultado do crime culposo seja involuntário (vez que o agente não deseja causá-lo), a CONDUTA é VOLUNTÁRIA.

O agente quer fazer o que faz, porém, pela sua inobservância do dever de cuidado, gera um evento danoso, que não desejava.

A ausência de voluntariedade excluiria a conduta. O fato seria atípico (ex: movimentos reflexos).

2) Violação de um dever objetivo de cuidado: O agente atua de forma diversa do esperado pela lei e sociedade:

- **Imprudência:** Culpa positiva ou "in agendo". Ação intempestiva e irrefletida. Faz algo que a cautela não recomenda. Uma característica fundamental da imprudência é a de que nela a culpa se desenvolve paralelamente à ação. Enquanto o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo simultaneamente a imprudência. Ex.: excesso de velocidade na direção de veículo automotor, ultrapassagem proibida, trafegar na contramão...
- **Negligência:** Culpa negativa ou "in omitendo". Falta de precaução. Deixa de fazer o que a cautela recomenda. Ela é a inação, inércia e passividade. negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental não age (Fernando Capez) (Ex.: médico que

não esterilizou seus utensílios antes de uma cirurgia, pessoa que deixa de reparar os pneus e os freios antes de viajar).

- **Imperícia:** Culpa profissional. Falta de aptidão técnica para o exercício de arte, ofício ou profissão. O agente está autorizado a exercer determinada atividade, mas não tem as habilidades necessárias. Se a imperícia advier de pessoa que não exerce arte ou profissão, haverá imprudência e não imperícia. Assim, um curandeiro que tenta fazer uma operação no lugar de chamar um médico incorre em imprudência. (Fernando Capez). Ex.: Engenheiro civil, com CREA, que não tem conhecimento necessário para a construção de um prédio, mas o faz e ele desaba.

OBS.1: É tendência achar que sempre que tivermos um profissional envolvido, o caso será de imperícia, mas não é verdade. Depende da conduta. Como vimos no exemplo dado em negligência, também foi algo no exercício da profissão. Olho vivo nisso!

OBS.2: Nos crimes culposos no CTB, a Jurisprudência vem no sentido de que é IMPRESCINDÍVEL apontar, precisamente, qual foi a conduta culposa. Vejamos:

> Denúncia no caso de homicídio culposo deve apontar qual foi a conduta culposa - É inepta a denúncia que imputa a prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei 9.503/1997) sem descrever, de forma clara e precisa, a conduta negligente, imperita ou imprudente que teria gerado o resultado morte, sendo insuficiente a simples menção de que o suposto autor estava na direção do veículo no momento do acidente. STJ. 6ª Turma. HC 305194-PB, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/11/2014 (Info 553).

Diferença entre imperícia e erro médico:

Segundo Fernando Capez, este ocorre quando, empregada os conhecimentos normais da medicina, por exemplo, chega ao médico à conclusão errada quanto ao diagnóstico, a intervenção cirúrgica etc., não sendo fato típico. o erro médico pode derivar não apenas de imperícia, mas também de imprudência ou negligência. além disso, a imperícia não se restringe à área médica, podendo ocorrer em qualquer outra atividade ou profissão que requeira habilidade especial. Somente a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal, pois a exigência maior provocaria a paralisação da ciência, impedindo os pesquisadores de tentar métodos novos de cura de edificações etc. Ou seja, enquanto a imperícia seria decorrente do desempenho de uma função pelo agente, que possui autorização para exercê-la, sem conhecimentos práticos ou teóricos para seu exercício, o erro profissional derivaria da própria possibilidade de falha científica.

3) **Resultado Involuntário / naturalístico:** Alteração física no mundo exterior. São crimes materiais, via de regra.

Há exceções. Ex.: art. 38 da Lei de Drogas. Prescrever drogas culposamente sem que delas necessite o paciente. Se consuma com a mera prescrição feita por médico ou dentista, ou seja, é um crime de mera conduta. Se o indivíduo usar a droga será mero exaurimento.

4) **Nexo causal é o vínculo de causa e efeito** entre a conduta e o resultado ocorrido;

5) **Previsibilidade objetiva:**

Ao contrário da previsibilidade subjetiva, que analisa as condições do agente no momento da conduta, a previsibilidade objetiva analisa o fato de acordo com a visão do "homem médio". Ou seja, não será analisado se aquele agente específico previu o resultado, mas se, naquelas circunstâncias, era possível que um homem médio as tenha previsto.

Assim, haverá previsibilidade objetiva quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, podia, **segundo a experiência geral (homem médio),** ter representado como possível as consequências de seu ato

Segundo André Stefan, a previsibilidade objetiva, como visto, é aquela determinada segundo o critério de uma pessoa de mediana prudência e discernimento. Sua ausência torna o fato atípico. Exemplo: um motorista conduz seu veículo acima do limite de velocidade permitido (imprudência) por uma estrada estreita; ao fazer uma curva, colide com um ciclista embriagado que se encontrava na contramão de direção. Suponha que, em função da própria estrada, não era possível de modo algum enxergar depois da curva, de tal forma que o condutor do automóvel não podia imaginar que havia uma pessoa naquele local. Além disso, mesmo que trafegasse em velocidade compatível com a via, não poderia evitar o acidente. Apesar de sua imprudência, o resultado era objetivamente imprevisível (não é possível imaginar que depois de cada curva haverá um ciclista embriagado na contramão de direção!), motivo pelo qual o fato será considerado atípico.

APROFUNDANDO: Previsibilidade objetiva x subjetiva:

Para a análise da culpa não é necessário que o agente preveja o resultado nas circunstâncias que lhe são apresentadas. Basta apenas que exista a previsibilidade objetiva, isto é, a possibilidade do resultado ser prevista tendo-se como parâmetro o homem médio. Todavia, no que tange à análise da previsibilidade subjetiva leva-se em consideração, não a circunstância de diligência normal, tendo-se como parâmetro uma pessoa prudente, mas as aptidões pessoais e as condições específicas do agente. Importa, com efeito, se o agente, em concreto, poderia ter previsto ou não o resultado. Em caso negativo, embora se exclua a culpa, pois a previsibilidade subjetiva não faz parte de seu elemento, haverá, como consequência, segundo Fernando Capez, a exclusão da culpabilidade. Vale dizer: o fato será típico porque houve conduta culposa, mas o agente não será punido pelo crime ante a ausência de culpabilidade.

6) **Tipicidade:** Para o crime ser culposo, deve estar expresso.

> **Art. 18, §único, CP: Parágrafo único** - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

ESPÉCIES DE CULPA:

1) **Culpa consciente:** É a culpa com previsão. O agente prevê o resultado, mas não espera que ele ocorra.

Segundo Fernando Capez, de acordo com a lei penal, não existe diferença de tratamento entre a culpa com previsão e a inconsciente "pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto está consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobreviverá" (exposição de motivos do código penal de 1940). Além disso, não há diferença quanto a combinação da pena abstratamente no tipo. Entretanto, parece-nos que no momento da dosagem da pena, o grau de culpabilidade (circunstância judicial previsto no artigo 59 do caput do código penal) deva o juiz, na primeira fase da dosimetria, elevar um pouco mais a sanção de quem age com culpa consciente, dada maior censurabilidade desse comportamento. Diferente do dolo eventual, em que o agente, embora também preveja, não se importa que o resultado ocorra.

Professor Cézar Roberto Bitencourt: Há **culpa consciente, também chamada culpa com previsão**, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, previsível, mas confia convictamente em que ele não ocorra. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual. No entanto, na análise dessa espécie de culpa, deve-se agir com cautela, pois a simples previsão do resultado não significa, por si só, que o agente age com culpa consciente, uma vez que, mais que a previsão, o que a caracteriza efetivamente é a consciência acerca da lesão ao dever de cuidado. Logo, nada impede que possa ocorrer erro de proibição, quando o agente se equivocar a respeito da existência ou dos limites do dever objetivo de cuidado.

2) **Culpa inconsciente:** O agente não prevê o resultado, mas ele era objetivamente previsível. (essa possibilidade nem sequer passa pela cabeça do agente);

3) **Culpa própria:** o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo;

4) **Culpa imprópria (culpa equiparada ou por assimilação):** O agente, por erro evitável, fantasia certa situação de fato que não existe, supondo estar acobertado por excludente de ilicitude **(descriminante putativa**) e, em razão disso, provoca intencionalmente o resultado ilícito. Embora a conduta seja dolosa, o agente responde por culpa, por razões de política criminal (art. 20, §1º, CP);

Ex.: 'A' vê um vulto dentro de casa e dispara, pensando ser um bandido, mas na verdade era seu genro que estava indo embora de lá de madrugada sem ele saber. Neste caso, 'A' matou porque quis, mas achou que estaria em legítima defesa. Por essa situação, responderá por culpa.

Olha o bizu: Via de regra, crime culposo não admite tentativa. Porém, no caso de **culpa imprópria**, admite-se, justamente por ser um dolo tratado como culpa. **(Foi questão da 2ª Fase de Delegado de Polícia de Minas Gerais em 2018!)**

Olha o bizu: Há autores que defendem a possibilidade de se reconhecer a tentativa em crimes preterdolosos (dolo no antecedente e culpa no consequente), quando a parte frustrada da conduta é a dolosa. Nesse sentido: Greco e Rogério Sanches.

5) **Culpa mediata ou indireta:** é aquela em que o resultado naturalístico é produzido indiretamente a título de culpa. É importante ressaltar que, para a configuração dessa modalidade de culpa, será imprescindível que o resultado esteja na linha de desdobramento causal da conduta, ou seja, no âmbito do risco provável, e, além disso, que possa ser atribuído ao autor mediante culpa.

O autor Cleber Masson cita um exemplo da culpa indireta:

> "É o caso, por exemplo, da vítima que acabara de ser torturada no interior de um veículo, parado no acostamento de movimentada via pública. Quando conseguiu fugir, buscou atravessar a pista, foi atropelada e morreu. O agente responde de pela tortura e também pelo homicídio, provocado indiretamente e por sua atuação culposa, pois lhe era previsível objetivamente a fuga da pessoa torturada na direção da via pública."
>
> Desse modo, a culpa indireta pressupõe: nexo causal (que o agente tenha dado causa ao segundo evento) e nexo normativo (que tenha contribuído culposamente para ele).

6) **Culpa presumida ("in re ipsa"):** Sendo uma forma de responsabilidade objetiva**,** não é admitida no Brasil, pois a culpa precisa ser provada.

EXCLUSÃO DA CULPA:

1) Caso fortuito e força maior;
2) Princípio da confiança;
3) Erro profissional;
4) Risco tolerado;
5) Risco praticado por outrem.

*** IMPERÍCIA (<u>CULPA</u> PROFISSIONAL) X <u>ERRO</u> PROFISSIONAL:**

Na primeira, a falha é do agente, e ele responde pelo crime culposo.

No segundo, explica Rogério Sanches (disponível em *meusitejurídico*): "No erro profissional, o agente tem conhecimento das regras e as observa no decorrer da conduta, mas, sendo falíveis os postulados científicos, torna-se possível a ocorrência de um resultado lesivo decorrente de erro, que não ensejará punição. Como exemplo, podemos citar o seguinte: determinado paciente necessita de cirurgia cardíaca extremamente delicada, para a qual a medicina ainda não desenvolveu técnica segura. O médico, devidamente habilitado e experiente, põe-se a realizar o procedimento, observando rigorosamente todos os métodos cirúrgicos que seu conhecimento abarca e de que a arte médica dispõe**. Não obstante, durante o procedimento, em razão da complexidade que a situação revela e para a qual não há resposta científica**

eficiente, comete um erro, que acaba por causar a morte do paciente. Esta situação revela um erro profissional que não caracteriza culpa, pois ausente a imperícia."

- **Existe compensação de culpas no direito penal?**

NÃO existe no Direito Penal a compensação de culpas, mas a culpa concorrente da vítima pode atenuar a do agente, sendo possível levar em consideração na dosimetria da pena, ex.: comportamento da vítima é uma circunstância judicial (art. 59, CP). Ps: Se a culpa é exclusiva da vítima, o agente não responde.

No caso de concorrência de culpas, cada um dos agentes responde na medida de sua culpabilidade, ex.: dois motoristas ultrapassam a preferencial de matam o mesmo pedestre, não tem concurso de pessoas, mas os dois devem responder pelo resultado.

- **Crimes culposos admitem coautoria e participação?**
  - **1ª Corrente (MAJORITÁRIA): Admitem a coautoria, MAS NÃO ADMITEM PARTICIPAÇÃO**, de modo que não é possível haver participação dolosa em crime culposo. Assim, qualquer causa culposa importa em violação do dever objetivo de cuidado, fazendo do agente autor e não partícipe. (Foi questão da 2ª Fase de Delegado de Polícia de Minas Gerais em 2018!)

  - **2ª Corrente (LFG):** Não admite nem coautoria e nem participação nos crimes culposos, em razão da ausência de vínculo subjetivo entre os envolvidos.

  - **3ª Corrente (Fernando Capez):** Ambos são possíveis, sendo autor aquele que realiza o núcleo do tipo e partícipe o que concorre para o crime, sem, no entanto, cometer o núcleo verbal da ação.

DICA DD: Para os partidários da teoria do domínio do fato, não há como sustentar o concurso de agentes no crime culposo, pois neste o agente não quer o resultado e, portanto, não há como sustentar que ele detenha o controle final sobre algo que ele não deseja. Por isso, adotam a posição no sentido da inviabilidade da participação no crime culposo.

A. CRIME PRETERDOLOSO

É uma espécie de crime agravado pelo resultado, constituindo de dolo no antecedente e culpa no consequente (art. 19, CP).

Cleber Masson: A conduta dolosa acarreta a produção de um resultado mais grave do que o desejado pelo agente à título de culpa.

Elementos:

- ✓ Conduta dolosa visando a determinado resultado;
- ✓ Provocação culposa de resultado mais grave do que o desejado;
- ✓ Nexo causal entre conduta e resultado;
- ✓ Tipicidade.

Observações importantes para fins de prova:

- O preterdoloso serve para configurar reincidência em crime doloso, vez que apenas o resultado mais grave foi praticado por culpa, havendo dolo no crime menos grave.
- Todo crime preterdoloso (dolo + culpa) é um crime agravado pelo resultado, mas a recíproca não é verdadeira. Há outras formas de crimes agravados pelo resultado que não se enquadram como preterdolosos, como dolo + dolo (latrocínio – a morte pode ser dolosa ou culposa, desde que seja em razão da subtração); culpa + culpa (art. 258, parte final do CP – incêndio culposo com morte culposa) e culpa + dolo (lesão culposa de trânsito, qualificada por omissão de socorro dolosa – art. 303, § único do CTB).
- O resultado deve ser culposo – **Se o resultado mais grave advém de caso fortuito ou força maior, não pode ser imputado ao agente (sob pena de responsabilidade objetiva).**

Crime qualificado pelo resultado: é aquele em que o legislador, após descrever uma conduta típica, com todos seus elementos, acrescenta-lhe um resultado, cuja ocorrência acarreta um agravamento da sanção penal. O crime qualificado apresenta duas etapas:
1) prática de um crime completo, com todos os seus elementos (fato antecedente);
2) produção de um resultado agravador, além daquele necessário para a consumação (fato consequente). Na primeira parte, há um crime perfeito e acabado, praticado a título de dolo ou culpa, ao passo que, na segunda, um resultado agravador produzido dolosa ou culposamente acaba por tipificar um delito mais grave. Ex.: ofensa à integridade corporal de outrem, por si só, configura o crime previsto no art. 129 CP, mas, se o resultado final caracterizar uma lesão gravíssima, essa consequência servirá para agravar a sanção penal, fazendo com que o agente responda por um delito mais intenso.

ESPÉCIES DE CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO: a) **dolo no antecedente e dolo no consequente**: conduta dolosa e um resultado agravador também doloso. Ex.: marido que espanca a mulher, provocando-a deformidade permanente. Há dolo no comportamento antecedente na produção do resultado agravador, pois o autor não quis apenas produzir a ofensa à integridade corporal da ofendida, mas obter o resultado deformidade permanente. **B) culpa no antecedente e culpa no consequente**: o agente pratica uma conduta culposamente e, além desse resultado culposo, acaba produzindo outros, também a título de culpa, no crime de incêndio culposo, por exemplo, considerando o fato antecedente, se além do incêndio, vier a ocorrer alguma morte, também por culpa, o homicídio culposo funcionará como resultado agravador (fato consequente), é a hipótese prevista no artigo 258 parte final do código penal que prevê o crime de incêndio culposo qualificado pelo resultado morte**. C) culpa no antecedente e dolo no consequente:** o agente após produzir o resultado por imprudência, negligência ou imperícia, realiza uma conduta dolosa agravadora. É o caso do motorista que, após atropelar um pedestre ferido, foge, omitindo-lhe socorro (art. 303 parágrafo único CTB). Houve um comportamento anterior culposo ao qual sucedeu uma conduta dolosa, que agravou o crime (culpa no antecedente e dolo no consequente). **D) conduta dolosa e resultado agravador culposo (crime preterdoloso ou preterintencional)**: o agente quer praticar um crime, mas acaba excedendo-se e produzindo culposamente um resultado mais gravoso do que o desejado. É o caso da lesão corporal seguida de morte, na qual a gente quer ferir, mas acaba matando. Ex.: Um sujeito desfere um soco contra o rosto da

vítima com a intenção de lesionar, no entanto, ela perde o equilíbrio, bate a cabeça e morre. Há só um crime: lesão corporal dolosa qualificada pelo resultado morte culposa. Como se nota, o agente queria provocar lesões corporais mas, acidentalmente, por culpa, acabou gerando um resultado muito mais grave, qual seja, a morte. Na hipótese, diz-se que o autor fez mais do que queria, agiu além do dolo, isto é, com preterdolo. Somente esta última espécie de crime qualificado pelo resultado configura o crime preterdoloso ou preterintencional.

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

4.1 Consumação

Conceito: É aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal. Ex.: o crime de furto se consuma no momento em que o agente subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, ou seja, no exato instante em que o bem sai da esfera de disponibilidade da vítima que, então, precisará agora retomá-lo. nesse caso todas as elementares do tipo do furto foram inteiramente realizadas.

A consumação nas várias espécies de crimes:
a) Materiais: com a produção do resultado naturalístico;
b) culposos: com a produção do resultado naturalístico;
c) de mera conduta: com a ação ou omissão delituosa;
d) formais: com a simples atividade, independente do resultado;
e) permanentes: o momento consumativo se protrai no tempo;
f) omissivos próprios: com a abstenção do comportamento devido;
g) omissivos impróprios: com a produção do resultado naturalístico;
h) qualificados pelo resultado: com a produção do resultado agravador;
i) complexos: quando os crimes componentes estejam integralmente realizados;
j) habituais: com a reiteração de atos, pois cada um deles, isoladamente, é um indiferente penal. O momento consumativo é incerto, pois não se sabe quando a conduta se tornou um hábito.

Caiu na Prova Delegado-PR/2022 - Os crimes omissivos impróprios são necessariamente crimes de resultado naturalístico **(item correto).**

4.1.2 Iter Criminis

Caminho do crime. Conjuntos de fases que se sucedem cronologicamente no delito. Composto por fases interna e externa. Portanto, o iter criminis constitui-se do estudo das fases de cogitação, dos atos preparatórios, dos atos executórios e da consumação, além de eventual exaurimento do crime.

***Só haverá iter criminis nos crimes dolosos**! Já que, nos crimes culposos, o resultado ilícito não é querido, ele provém da violação de um dever objetivo de cuidado.

I. FASE INTERNA:

1) **COGITAÇÃO: O agente apenas mentaliza, idealiza, prevê, planeja, deseja. Nessa fase o crime é impunível.**

Abarca:

- **Idealização** – quando surge a ideia da prática do delito;
- **Deliberação** – o agente faz a análise de prós e contras da empreitada criminosa;
- **Resolução** – o agente decide praticar o crime.

ATENÇÃO! A simples ideia de crime NÃO pode ser punida, em razão do **princípio da materialização, exteriorização do fato (princípio da transcendência).** "Direito à perversão". "Claustro psíquico". O Direito Penal não se ocupa de convicções pessoais, pensamentos ou desejos íntimos.

II. FASE EXTERNA:

1) PREPARAÇÃO: A doutrina denomina essa fase de *conatus remotus*

Os atos preparatórios representam o início da fase externa da ação. Isso porque o indivíduo exterioriza o projeto criminoso que ele havia elaborado mentalmente.

Ou seja: A preparação corresponde aos atos indispensáveis à prática da infração penal.

Obs.: Há quem entenda que compõe a fase interna, a exemplo de Rogério Sanches, mas não prevalece.

- **Regra:** Impunível, vez que o CP busca punir o crime a partir dos atos executórios, pois o bem jurídico ainda não foi exposto à agressão nem colocado em risco.
- **Exceção –** Atos preparatórios podem gerar crimes autônomos chamados de **crimes obstáculo** criados pelo legislador.
  - Fabricar, fornecer, adquirir e portar explosivos;
  - Incitação ao crime;
  - Petrechos de falsificação de moeda;
  - Associação criminosa.

ENTENDA: Trata-se do fenômeno chamado **antecipação da tutela penal.** É o fenômeno pelo qual o legislador criminaliza condutas que seriam atos preparatórios de outros crimes, mas que constituem crimes autônomos. Essa ampliação está atrelada ao próprio papel do Estado, como provedor de determinados direitos.

2) EXECUÇÃO:

Inicia a agressão ao bem jurídico, ou seja, começo da realização da conduta típica. Deve ser:

- **Ato idôneo:** Com capacidade suficiente para lesar o bem jurídico penalmente tutelado;
- **Ato inequívoco:** Direcionado ao ataque do bem jurídico.

Fronteira entre o fim da Preparação e o início da execução: é muito tênue a linha divisória entre o término da preparação do primeiro ato executório. torna-se bastante difícil saber quando a gente está preparando ou já está executando um crime. **o melhor critério para tal distinção é o que entende que a execução se inicia com a prática do primeiro ato idôneo e inequívoco para a consumação do delito**. Enquanto os atos realizados não forem aptos a consumação, ou, quando não estiverem inequivocamente vinculados a ela, o crime permanece em sua fase de preparação. Desse modo, no momento em que o agente aguarda a passagem da vítima escondido atrás de uma árvore, ainda não praticou nenhum ato idôneo para causar a morte daquela, nem se pode estabelecer em duvidosa ligação entre esse fato e o homicídio a ser praticado.

ATENÇÃO!!! Transição dos atos preparatórios para os atos executórios:
Da série: parece simples, mas não é. Em qual momento um ato deixa de ser preparatório e passa a ser considerado como executório?

Algumas teorias tratam do assunto:

- **Teoria subjetiva: O início da execução é a partir do elemento subjetivo ativo, verificando-se se foi iniciada com a fase do elemento intelectivo e volitivo do autor (plano interno do autor).** Não há distinção entre o ato preparatório e o executório. Considera-se o dolo do agente, que está presente a todo momento – não é admitida no Brasil.

- **Teorias objetivas:**
  - **a) Teoria da hostilidade ao bem jurídico:** o ato de execução é aquele em que o agente ataca o bem jurídico (expõe o bem jurídico a perigo), enquanto o ato preparatório não altera o seu "estado de paz". No momento que cria um risco proibido ao bem jurídico tutelado pela normal penal, a conduta do agente é considerada início dos atos de execução, e logo, punível na esfera penal. (Nelson Hungria, Max Ernst Mayer)
  - **b) Teoria objetivo-formal ou lógico-formal:** é a teoria majoritária no Brasil. Caracteriza ato de execução como aquele em que o agente **começa a praticar o verbo (o núcleo do tipo)** da conduta criminosa, enquanto os atos anteriores são preparatórios. Portanto, é a realização do núcleo do tipo (verbo nuclear que descreve a conduta no tipo penal) que configura o marco de início da execução e, por conseguinte, do marco a partir do qual a conduta passa a ser punível. (Franz Von Liszt)

Atenção a jurisprudência que relata a teoria adotada pelos tribunais superiores.

O agente que pretendia praticar roubo e foi surpreendido após romper o cadeado e destruir a fechadura da porta da casa da vítima; não se pode falar em tentativa de roubo.

Adotando-se a teoria objetivo-formal, o rompimento de cadeado e destruição de fechadura da porta da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado.

Caso adaptado: João e Pedro caminhavam nas ruas de um bairro e decidiram praticar assalto em uma das

casas. Eles arrombaram o cadeado e destruíram a fechadura da porta da casa, no entanto, quando iam adentrar na residência, passou uma viatura da Polícia Militar. Os indivíduos correram quando perceberam a presença das autoridades de segurança. Os policiais perseguiram a dupla, conseguindo prendê-los. Com eles, foi encontrada uma arma de fogo de uso permitido. Vale ressaltar, contudo, que não possuíam porte de arma. Não se pode falar que houve roubo circunstanciado tentado. STJ. 5ª Turma. AREsp 974254-TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 21/09/2021 (Info 711).

c) **Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva:** Adotada excepcionalmente. Atos executórios são aqueles em que o agente inicia a realização do núcleo do tipo e também os atos que lhe são imediatamente anteriores, **DE ACORDO COM O PLANO CONCRETO DO AGENTE.** (Welzel, Zaffaroni).

Ex: "A", segurando uma faca, aguarda atrás de uma parede a passagem de "B", seu inimigo, para matá-lo na volta de seu trabalho, caminho fixo pelo qual a vítima passa, já tendo feito por diversas vezes esta ameaça. Quando este se encontra a 100m de distância, "A" fica de pé e segura firme a faca, aguardando em posição de ataque. Surge um policial e o aborda. Para esta teoria, poderia haver a prisão em flagrante, em face da caracterização da tentativa de homicídio, o que não se daria na teoria objetivo-formal.

d) **Teoria objetivo-material:** Os atos de execução são aqueles em que o agente inicia a realização do núcleo do tipo e também os atos que lhe são imediatamente anteriores, **NA VISÃO DO TERCEIRO OBSERVADOR**. É o que diferencia da lógico-individual / objetivo-subjetiva. O juiz deve avaliar os atos a partir de uma visão externa da situação (não necessariamente de uma terceira pessoa presente no local do crime – é uma figura hipotética). (Reinhart Frank).

e) **Teoria da impressão:** Se considera iniciada a conduta capaz de produzir na comunidade a impressão de agressão ao bem jurídico, prejudicando a segurança.

f) **Teoria negativa:** entende não ser possível limitar, em uma regra geral, o que seriam atos preparatórios ou executórios, devendo tal definição ficar a cargo do julgador no momento da análise de cada caso.

Resumo principais teorias do *iter criminis*:

Teoria objetivo-formal ou lógico-formal (adotada CP)	Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva	Teoria objetivo-material
Ato de execução como aquele em que o agente **começa a praticar o verbo (o núcleo do tipo)** da conduta criminosa	Atos executórios são aqueles em que o agente inicia a realização do núcleo do tipo e também os atos que lhe são imediatamente anteriores, **DE ACORDO COM O PLANO CONCRETO DO AGENTE**	atos de execução são aqueles em que o agente inicia a realização do núcleo do tipo e também os atos que lhe são imediatamente anteriores, **NA VISÃO DO TERCEIRO OBSERVADOR**

3) **CONSUMAÇÃO:**

Há a configuração ou realização pela da conduta tipificada em lei. O agente pratica a conduta prevista no tipo penal necessária para a consumação. Tipicidade formal + tipicidade material. Com a consumação, o crime passa a ser punido com a sanção penal prevista no preceito secundário, de forma integral.

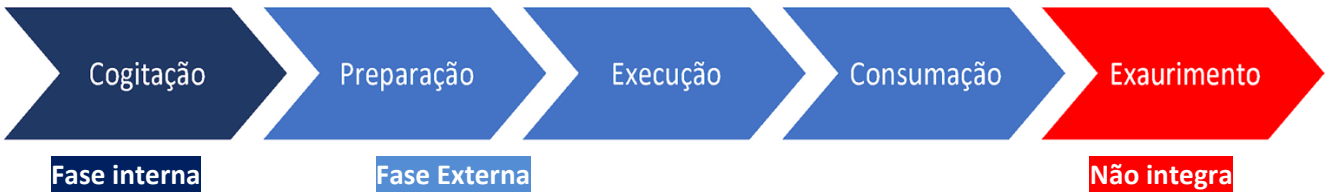
- **Crimes de perigo concreto** = a consumação se dá com a efetiva exposição do bem jurídico a uma probabilidade de dano
- **Crimes de perigo abstrato =** a consumação se dá com a mera prática da conduta definida pela lei como perigosa (porte de arma).

Obs1.: Não é necessário que se alcance essa fase para que a conduta do agente seja punível, pois, como vimos, o ingresso na fase dos atos executórios já torna a conduta penalmente relevante. Se não atingida a fase da consumação, a realização de atos executórios é punível em regra, pela tentativa.

Obs2.: Há crimes que preveem um resultado naturalístico cuja ocorrência não é necessária para a consumação. Denomina-se delitos de consumação antecipada, ou, ainda, crimes formais. A consumação ocorre com a pratica da conduta e independe de resultado naturalístico previsto na norma penal, e se acaso ocorrer, será mero exaurimento do crime.

*** ATENÇÃO: EXAURIMENTO**: Também chamado de "crime exaurido ou de crime esgotado". Trata-se do conjunto de efeitos posteriores à consumação do delito.
Tem relevância, tecnicamente, apenas aos delitos formais, em que o resultado naturalístico é dispensável e quando este ocorre, fala-se em exaurimento. É o que Zaffaroni chamou de consumação material.
Porém, para a doutrina majoritária, ele **NÃO** integra o iter criminis. No entanto, não é irrelevante. Interfere na dosimetria da pena, seja como circunstância judicial desfavorável, ou então como qualificadora ou causa de aumento de pena.

ITER CRIMINIS:



4.2. Tentativa (= conatus, crime imperfeito, crime incompleto)

Crime tentado é aquele que, após o início da sua execução, não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. De acordo com o autor Zaffaroni, temos uma tipicidade subjetiva completa e um aspecto objetivo incompleto.

a) Fundamento Legal: art. 14, CP

> Art. 14 - Diz-se o crime:
> I - Consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
> II - Tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
> Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, **diminuída de um a dois terços.**

b) Conceito:

É o início da execução de um crime que somente não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Também é chamada de "**crime manco, truncado**", vez que o tipo subjetivo está perfeito (vontade/voluntariedade), mas o tipo objetivo, a figura criminosa, não se realiza integralmente.

c) Natureza Jurídica: (importante!!)

- Trata-se d*e* **norma de extensão temporal da figura típica causadora de adequação típica mediata ou indireta.**
- Sob o enfoque da PENA - trata-se de **causa geral obrigatória de diminuição de pena**

d) Elementos:

- **Início da execução** (questão de lógica: se tentativa é justamente a execução interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente, é imprescindível o seu início)
- **Ausência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente**
- **Dolo de consumação** (o dolo é o mesmo do delito consumado)
- **Resultado possível** (se o resultado não ocorreu por ser impossível, será crime impossível).

e) Teorias sobre a punibilidade da tentativa

quatro teorias principais buscam fundamentar a punibilidade da tentativa:

- **Teoria subjetiva/voluntarista/monista:** o sujeito é punido por sua intenção, pois o que importa é o desvalor da ação, sendo irrelevante o desvalor do resultado, de modo que deveria suportar a mesma pena. O fundamento da punibilidade é a vontade contrário ao direito posta em ação.
  - → Assim, se ele tem a intenção de matar, a tentativa de homicídio deve ser punida da mesma forma que o homicídio. Ou seja: ele deve ser punido pela pena da consumação tangente à sua vontade.
  - → **Consequências de adotar a teoria subjetiva:**
    1. É a punição da tentativa inidônea ou crime impossível

2. Equiparação do crime consumado ao crime tentado (o crime tentado é punido com a mesma pena do crime consumado, uma vez que a intenção, o animus, o dolo era de consumar a conduta).

- **Teoria sintomática:** sustenta a punição em razão da periculosidade subjetiva, ou seja, do perigo revelado pelo agente. Para esta teoria, o Estado deveria aplicar uma medida de segurança;

- **Teoria objetiva/realística/dualista:** a tentativa é punida por causa do **perigo proporcionado ao bem jurídico tutelado** pela lei penal. Por isso, a pena de tentativa deve ser menor que a pena da consumação e **proporcional ao risco de lesão causado. Analisa o que o agente efetivamente fez, com base na fase do iter criminis à qual ele chegou.**

  - **REGRA: A Teoria Objetiva é a teoria adotada pelo nosso CP! (Art. 14, §único, 2ª parte).**
  - **EXCEÇÃO:** Essa teoria foi adotada com ressalvas, em razão da primeira parte do §único do art. 14, que é considerada pela doutrina como um resquício da Teoria Subjetiva.

Para a doutrina, o "salvo em disposição em contrário" seria a possibilidade de adotar, excepcionalmente, a teoria subjetiva. Ex.: art. 352, CP → pois a pena da tentativa é a mesma que a pena da consumação.

> Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

→ A doutrina chama esses crimes de **CRIMES DE ATENTADO OU MERO EMPREENDIMENTO** → são os crimes que não admitem tentativa pois a própria tentativa já é a consumação desse crime. A tentativa é punida com a mesma pena da consumação.

→ Logo, os crimes de atentado ou de mero empreendimento são exceções à Teoria Objetiva. Por isso, parte da doutrina (Rogério Greco) afirma que adotou a **Teoria Objetiva Mitigada.**

CONCLUSÃO: Em regra, a teoria adotada pelo Código Penal é a Teoria Objetiva. No entanto, excepcionalmente, adotou a Teoria Subjetiva nas hipóteses de crimes de atentado ou de mero empreendimento, hipóteses em que a tentativa é punida com a mesma pena da consumação.

- **Teoria da impressão/objetivo-subjetiva:** admite a punição da tentativa quando a atuação da vontade ilícita do agente for adequada para comover a confiança na vigência do ordenamento e o sentimento de segurança jurídica dos que tenham conhecimento da conduta criminosa. Essa teoria considera que o decisivo para a tentativa não é risco ao bem jurídico, mas o injusto da ação (conduta típica e ilícita) por meio da exteriorização do dolo do agente. Essa teoria seria mais restritiva que a subjetiva, por não aceitar tentativa no caso de absoluta inidoneidade (crime impossível). Para o autor Guilherme Nucci é representado pela junção da avaliação da vontade criminosa com um princípio de

risco ao bem jurídico protegido. Como se leva em consideração a vontade criminosa e o abalo que a sua manifestação pode causar à sociedade, é faculdade do juiz reduzir a pena.

Obs.: Rogério Sanches e Masson tratam a teoria objetivo-subjetivo e da impressão como sinônimas, entretanto outros doutrinadores diferenciam as teorias.

- **Consequências da tentativa:** É causa **obrigatória de diminuição de pena**.
  - Reduz a pena de 1/3 a 2/3;
  - Incide na 3ª fase na aplicação da pena privativa de liberdade;
  - Parâmetro de aplicação: iter criminis (proximidade da consumação).

A doutrina e a jurisprudência apontam que o critério deve ser a proximidade do agente de atingir a consumação do delito, de modo que, quanto mais próximo ele chegar, menor deve ser a fração de diminuição de pena e vice-versa.

f) Espécies:

- **Tentativa branca ou incruenta:** O objeto material NÃO é atingido pela conduta criminosa;
- **Tentativa vermelha ou cruenta:** O objeto é atingido;
- **Tentativa perfeita ou crime falho:** O agente **esgota todos os meios executórios** que estavam à disposição, e mesmo assim não sobrevém a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade.
  - ☞ Apenas é compatível com os **crimes materiais,** tendo em vista que nos formais e de mera conduta, esgotando-se os atos executórios, teremos crime consumado, não tentado;
  - ☞ Atenção à nomenclatura! Não confunda crime falho com crime impossível (quase-crime, crime oco, tentativa inidônea e tentativa impossível).
- **Tentativa imperfeita, inacabada ou tentativa propriamente dita:** O agente inicia a execução **sem** utilizar todos os meios que tinha ao seu alcance, e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade.
- **Tentativa simples:** É a tentativa propriamente dita. O resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.
- **Tentativa qualificada/abandonada:** Embora carregue o termo "tentativa", de tentativa só tem o nome, pois, na verdade, não é. É o termo utilizado como gênero, do qual são espécies a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (que veremos mais à frente).

Caiu na prova Delegado PC-SP/2022! Considere a seguinte hipótese: Caio, com intuito de obter vantagem econômica indevida, faz-se passar por Júlio, filho de Aurélia e, nesse papel, realiza ligação telefônica para ela, pedindo depósito de determinada quantia de dinheiro em conta de terceiro – seu cúmplice. Aurélia, inicialmente, se convence e promete fazer o depósito, mas, depois de desligar o telefone, resolve procurar seu filho, descobre o engodo e não deposita o dinheiro. Nesse caso, houve tentativa perfeita. **(item correto).**

g) Admissibilidade e inadmissibilidade da tentativa

- **Regra geral:** os crimes dolosos admitem tentativa
- **Exceções: (cai muito em prova!!!)**
    - **Crimes culposos:** são incompatíveis com a tentativa, em razão do resultado ser involuntário. Na culpa imprópria admite-se a tentativa.
    - **Crimes de atentado ou empreendimento:** aquele já prevê no seu tipo a equiparação entre a forma tentada e a consumada, dessa forma não é possível configurar tentativa.
    - **Crimes preterdolosos:** a tentativa é inadmissível na parte culposa;
    - **Crimes unissubsistentes:** são aqueles em que a conduta é composta por um único ato, sendo impossível fracionar o "iter criminis", motivo pela qual a tentativa é inadmissível (exemplo: injúria verbal);
    - **Crimes omissivos próprios e de perigo abstrato:** são unissubsistentes, razão pela qual a tentativa é inadmissível;
    - **Contravenções penais:** a tentativa de contravenção é penalmente irrelevante por previsão legal (art. 4°, LCP)
    - **Crime obstáculo:** vez que a preparação já está sendo punida de forma autônoma;
    - **Crime habitual:** exige reiteração de atos, motivo pelo qual a tentativa não seria cabível. Doutrina minoritária entende que sim, ex.: falso médico aluga local e faz anúncio da futura abertura de sua clínica, antes de chegar a atender alguém.

☞ **Quanto ao dolo eventual, é possível a punição a título de tentativa?** Apesar da divergência doutrinária, parte da doutrina entende ser possível, pois o CP equiparou o dolo eventual ao dolo direto. O STJ também entende compatíveis o dolo eventual e a tentativa:

> A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que se afigura compatível com o dolo eventual a modalidade tentada, mesmo no âmbito do delito de homicídio (.) (STI, AgRe nos EDd no REsp 1711927/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15/08/2018).

Pergunta de prova: Existe algum crime que seja punido apenas na forma tentada?
Determinados doutrinadores apontam que há crimes que só se punem na forma tentada. São os crimes chamados de lesa-pátria. Estão atualmente previstos no Título XII - Parte Especial, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. E o caso do artigo 359-M, que tipifica o crime de golpe de estado: Art 359-M. Tentar depor por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência. Observa que o núcleo do tipo é "tentar depor exprimindo que é conduta tentada que é punida. Por que então não se pune a forma consumada? Neste caso, a consumação do delito resultaria em um golpe de Estado, com a instituição de um novo regime jurídico, com rompimento da ordem jurídico-constitucional vi gente. Desse modo, não há lógica em se prever a punição de quem conseguir tomar o poder e causar a ruptura democrática, pois não haveria efetivamente a punição.

5. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

a) Conceito:

Os dois institutos constituem aquilo que a doutrina chamou de **"tentativa abandonada" ou "tentativa qualificada"**, em que o crime não se consuma **pela própria vontade do agente.** – **NÃO CONFUNDIR com a "tentativa", propriamente dita** (em que o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente).

São chamados também de **"ponte de ouro"** - pela oportunidade que o agente tem de "corrigir o seu percurso", voltando à esfera da licitude.

- **Desistência voluntária:** O agente inicia os atos executórios, mas por vontade própria, interrompe este processo, **abandonando a prática dos demais atos necessários e que estavam à sua disposição para a consumação**. Em regra, conduta negativa.
  - ☞ Um terceiro pode influenciar, pedir, mas não pode ter havido coação. Exige-se, portanto, a vontade livre do agente, mas não precisa ser espontânea (surgir da cabeça dele).
  - ☞ É incabível nos crimes unissubsistentes, que são realizados por apenas 1 (um) ato.

- **Arrependimento eficaz ou resipiscência (olho no nome!):** Depois de já praticados todos os atos executórios suficientes à consumação do crime, o agente adota providências aptas a impedir a produção do resultado. Sendo assim, é cabível somente em crimes materiais. Em regra, conduta positiva.

b) Natureza jurídica: Causa **de exclusão da tipicidade (doutrina majoritária).** Em sentido contrário, para Nelson Hungria, trata-se de extinção da punibilidade.

Há debate na doutrina sobre o assunto, sendo pertinente destacar que, para a corrente que entende se tratar de causa de exclusão da tipicidade, a desistência do autor irá beneficiar o partícipe, mas a desistência do partícipe não irá beneficiar o autor. Para a corrente que entende se tratar de causa de extinção da punibilidade, a desistência do autor não repercute sobre os partícipes (e vice-versa).

O Professor Rogério Sanches aborda as duas correntes, explicando o seguinte:

> "A doutrina discute a natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Para uns, trata-se de causa de EXCLUSÃO DA TIPICIDADE. Nesse sentido, argumenta Miguel Reale Jr.: 'Se típica é a tentativa, quando o resultado deixa de ocorrer por razão alheia à vontade do agente; atípica é a tentativa quando o evento deixa de se efetivar, não por causa alheia à vontade do agente, mas graças à sua própria vontade'.
>
> Para outros, causa pessoal EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. Vejamos a explicação de Zaffaroni e Pierangeli: 'Optamos pela causa pessoal de isenção de pena, porque entendemos que o delito tentado encontra-se completo em todos os seus

elementos, apesar da mediação da desistência voluntária. Embora se afirme que o conceito de crime tentado do art. 14, II, requer que ele `não se consume por circunstâncias alheias à vontade do agente', com o que pareceria significar que a não consumação, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é um elemento da tipicidade na tentativa, entendemos não ser isto sustentável, dado que a tentativa já é típica desde o início da execução, e uma etapa posterior em que se detém a execução não pode apagar o campo do proibido que já foi incursionado na etapa anterior. Em outras palavras: quando o autor começa a arrombar a porta para furtar, com isto inicia a execução do furto e sua conduta já é típica; se dez minutos depois, e já dentro da casa em que haveria de cometer o apoderamento, se arrepende e decide desistir, esta circunstância não pode eliminar a tipicidade já configurada de seus atos executivos anteriores'".

Por fim, trata-se de uma causa de exclusão tipicidade. O sujeito dá início à execução de um crime, o qual não se consuma. A forma tentada, entretanto, torna-se atípica com a atitude do agente, o qual, por vontade própria, evita a produção do resultado.

CAIU NA PROVA DELEGADO DE POLÍCIA – GOIÁS AOCP/2022! Acerca das circunstâncias que envolvem a prática delituosa, assinale a alternativa correta conforme jurisprudência dos tribunais superiores. A configuração da desistência voluntária afasta, inevitavelmente, o delito na sua forma tentada, posto que o fim inicialmente pretendido pelo agente não se realiza, ou seja, ao alterar o dolo inicialmente quisto, enseja a ocorrência da atipicidade, respondendo, entretanto, pelos atos já praticados. **(item correto)**

c) Elementos da tentativa abandonada:

a) início da execução

b) não consumação

c) interferência da vontade do próprio agente

d) Requisitos:

- **Voluntariedade** – vontade livre (é diferente de espontaneidade, que não é requisito);
- **Eficácia -** Para que se apliquem esses institutos, a conduta do agente deve ter sido eficaz para impedir a consumação. Se ele apenas tentou, mas não conseguiu evitar, será cabível somente uma atenuante genérica (Art. 65, III, b, primeira parte, do Código Penal).

Já caiu em prova e foi considerada **CORRETA** a seguinte alternativa: O agente que tenha desistido voluntariamente de prosseguir na execução ou, mesmo depois de tê-la esgotado, atue no sentido de evitar a produção do resultado, não poderá ser beneficiado com os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz caso o resultado venha a ocorrer.

e) Características da desistência voluntário e do arrependimento eficaz:

- **Os motivos que levaram o agente a optar pela desistência voluntária ou arrependimento eficaz são irrelevantes!**
- **Incompatíveis com os crimes culposos.**
- **Incompatíveis com crimes formais e crimes de mera conduta!** Isso porque, se o crime é formal ou de mera conduta, a simples realização da conduta já implica na automática consumação do delito, de modo a não cumprir a elementar "impede que o resultado se produza". Só é possível, portanto, nos crimes materiais, nos quais o resultado naturalístico é imprescindível para a consumação.

> O instituto do arrependimento eficaz e da desistência voluntária **somente são aplicáveis a delito que não tenha sido consumado.** STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1549809/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02/02/2016.

Esses institutos se comunicam aos partícipes?

R.: Trata-se de tema divergente, mas prevalece a corrente que o arrependimento eficaz e a desistência voluntária COMUNICAM-SE ao partícipe, pois a sua conduta é ACESSÓRIA, não podendo ser punido se não houver crime.

Questão de prova - CESPE: Pedro, José e Alfredo integram uma organização criminosa que opera com tráfico de drogas e comete vários crimes na periferia de uma grande cidade brasileira. José ocupa uma posição mais alta na organização, sendo responsável por punir quem não correspondesse às expectativas do grupo. Certo dia, tendo Alfredo falhado na cobrança de uma dívida do tráfico, José, com a ajuda de Pedro, deu-lhe uma surra. Com o objetivo de se vingar de ambos, Alfredo armou um plano para acabar com a vida de José e atribuir a responsabilidade a Pedro. Assim, durante um tiroteio entre integrantes da organização criminosa e policiais, Alfredo, apontando na direção de José, que estava atrás de um arbusto, orientou Pedro a atirar nele, sob a alegação de que se tratava de um policial. O tiro atingiu José e Alfredo fugiu. Tendo percebido o erro, Pedro levou José ao hospital, o que evitou sua morte. Considerando que, conforme o Código Penal, o crime de homicídio consiste em matar alguém e o crime de lesão corporal em ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, assinale a opção correta a respeito da responsabilização de Alfredo e Pedro na situação hipotética apresentada.

A - Pedro não será responsabilizado pela prática de crime, em razão do erro sobre pessoa, e Alfredo responderá por tentativa de homicídio.

B - Alfredo será responsabilizado por tentativa de homicídio e Pedro por lesão corporal.

C - Nem Alfredo nem Pedro serão responsabilizados pela prática de crime, já que Pedro impediu a morte de José.

D - Tanto Pedro quanto Alfredo responderão por tentativa de homicídio.

E - Pedro não será responsabilizado pela prática de crime, por estar configurada descriminante putativa, e Alfredo responderá por lesão corporal.

CORRETA: Alfredo será responsabilizado por tentativa de homicídio e Pedro por lesão corporal.

Justificativa: Pedro: erro de tipo acidental sobre a pessoa (aberratio in persona) + arrependimento eficaz.

"Ué, mas vocês acabaram de falar que se comunica. Por qual razão foi diferente aqui?"
Note que Alfredo agiu com má fé, levando o autor executor a erro. Assim, na verdade, **não** houve concurso de pessoas, mas **autoria mediata** mediante induzimento a erro de tipo (art. 20, §2º do CP: responde pelo crime o terceiro que determina o erro). Ele não é mero partícipe, ele foi o AUTOR MEDIATO. Por esta razão, Alfredo não será beneficiado com o arrependimento eficaz praticado por José. Se o caso fosse de concurso de pessoas mediante participação, como muita gente pensa ao ler o enunciado, ele seria sim beneficiado, vez que o instituto se aplica aos demais agentes, mesmo que não concordem com o arrependimento. Assim, Alfredo será responsabilizado por tentativa de Homicídio.

- **Quais as consequências da desistência voluntária e do arrependimento eficaz?**

R.: O agente NÃO responde pela forma tentada do crime inicialmente desejado, mas apenas pelos **atos já praticados**.

Em outras palavras: a desistência voluntária e arrependimento eficaz ELIMINAM a tentativa – vez que para a tentativa a não consumação é por circunstâncias alheias à vontade do agente (sim, falamos pela terceira vez que é para gravar!).

Caiu na Prova Delegado PC-AL/2023! - No que diz respeito ao direito penal, julgue os itens a seguir. Nos casos de desistência voluntária e arrependimento eficaz, o agente não responde por crime tentado, mas apenas pelos atos delitivos já praticados. **(Item correto).**

Distinção de ato voluntário e espontâneo: a desistência e o arrependimento não precisam ser espontâneos, bastando que sejam voluntários. Por conseguinte, se o agente desiste ou se arrepende por sugestão ou conselho de terceiro, subsistem a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Do mesmo modo, por motivo nobre ou de índole ética, piedade, remorso ou por motivos subalternos egoísticos, covardia, medo, receio de eventualmente ser descoberto: é suficiente que não tenha sido obstado por causa exteriores, independentemente de sua vontade. É indiferente a razão interna do arrependimento ou da mudança de propósito.

Como lembra Nélson Hungria, segundo Frank, a desistência é voluntária quando o agente pode dizer: 'não quero prosseguir, embora pudesse fazê-lo', e é involuntária quando tem de dizer: 'não posso prosseguir, ainda que o quisesse'.

6. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Ocorre quando o responsável pelo crime praticado **sem** violência à pessoa ou grave ameaça, voluntariamente e **até o recebimento** da denúncia ou queixa, restitui a coisa ou repara o dano provocado por sua conduta.

Arrependimento posterior

> 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.**

a) Natureza jurídica: É causa pessoal e obrigatória de diminuição da pena.

b) Extensão do benefício:

Conforme a doutrina majoritária, alcança qualquer crime que com ele seja compatível, e não apenas delitos contra o patrimônio, vez que o CP não limita a eles.

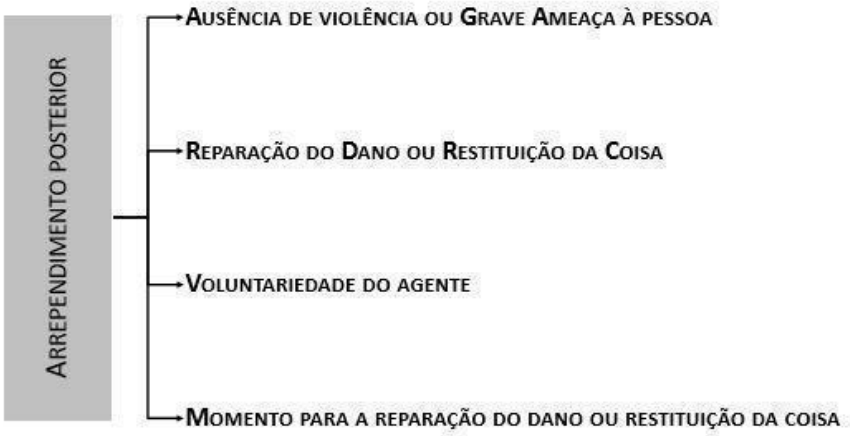
No entanto, o STJ tem jurisprudência que os crimes praticados sejam patrimoniais ou possuam efeitos patrimoniais. Já nos **crimes contra a fé pública,** assim como nos demais crimes não patrimoniais em geral, são **incompatíveis com o instituto do arrependimento posterior**, dada a impossibilidade material de haver reparação do dano causado ou a restituição da coisa subtraída" (REsp 1.242.294/PR, j. 18/11/2014).

> **O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, FAZ-SE NECESSÁRIO QUE O CRIME PRATICADO SEJA PATRIMONIAL OU POSSUA EFEITOS PATRIMONIAIS.** (REsp 1561276/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 15/09/2016)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Esta Corte possui firme entendimento de que, para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, faz-se necessário que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais.** Precedentes. 2. Inviável o reconhecimento do arrependimento posterior na hipótese de homicídio culposo na direção de veículo automotor, uma vez que o delito do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro não pode ser encarado como crime patrimonial ou de efeito patrimonial. Na espécie, a tutela penal abrange o bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico, a vida, que, uma vez ceifada, jamais poderá ser restituída, reparada. Precedente. (STJ; AgRg-HC 510.052; Proc. 2019/0136931-4; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 17/12/2019; DJE 04/02/2020)

c) Fundamentos:

- Proteção à vítima;
- Fomento ao arrependimento do agente.

d) Requisitos (cumulativos):



(1) **Natureza do crime:** crime praticado sem violência ou grave ameaça **à pessoa** (a violência à coisa não obsta o reconhecimento do instituto).

- **Cabe arrependimento posterior nos casos em que há violência imprópria?** Ex.: quando se utiliza um sonífero para diminuir a capacidade de resistência da vítima.

R.: Há divergência doutrinária: Parte da doutrina entende que o arrependimento posterior é uma das poucas hipóteses em que o legislador se preocupa com a vítima, se preocupa com a forma de diminuir os danos causados à vítima. Assim, como esse instituto é direcionado à vítima, sempre que puder incentivar o autor a reparar o dano ou restituir a coisa, reduzindo os prejuízos da vítima, admitiria a aplicação do arrependimento posterior. No entanto, a jurisprudência é muito reticente em aplicar.

- Cabe **arrependimento posterior em caso de violência culposa?**

R.: SIM! Segundo a doutrina, em caso de violência culposa, é cabível o arrependimento posterior. Isso porque, nesse caso, não houve violência na conduta, mas sim no resultado. É o que se dá, por exemplo, na lesão corporal culposa, crime de ação penal pública condicionada em que a reparação do dano pode, inclusive, acarretar na renúncia ao direito de representação se celebrada a composição civil, na forma do art. 74 e parágrafo único da Lei 9.099/1995.

(2) **Reparação do dano ou restituição da coisa:**

- Voluntária
- Pessoal, salvo comprovada impossibilidade
- Integral.

> A aplicação do art. 16 do Código Penal **exige a comprovação da integral reparação do dano ou da restituição da coisa até o recebimento da denúncia**, devendo o ato ser voluntário. Na espécie, os mencionados requisitos não foram comprovados (HC n. 438.562/RR, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/5/2019).

STF (Info 608): Já admitiu reparação parcial do dano, sopesando o percentual da reparação da pena.

(3) Até o recebimento da denúncia

A reparação do dano ou restituição da coisa deve ser feita ATÉ O RECEBIMENTO da denúncia, ainda que pague os juros ou correção monetária posteriormente. Veja a jurisprudência do STF nesse sentido.

É possível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior) para o caso em que o agente fez o ressarcimento da dívida principal (efetuou a reparação da parte principal do dano) antes do recebimento da denúncia, mas somente pagou os valores referentes aos juros e correção monetária durante a tramitação da ação penal. Nas exatas palavras do STF: "É suficiente que ocorra arrependimento, uma vez reparada parte principal do dano, até o recebimento da inicial acusatória, sendo inviável potencializar a amplitude da restituição." STF. 1ª Turma. HC 165312/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/4/2020 (Info 973).

- **E se o agente restituir a coisa ou reparar o dano após o recebimento da denúncia?**

R.: Nesse caso, ele não será beneficiado pelo arrependimento posterior, mas é uma circunstância atenuante (art. 65, III, "b", CP)

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente:
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

(4) Voluntariedade (diferente de espontaneidade).

Redução da pena de **1/3 a 2/3**, a depender da **celeridade e voluntariedade**;

A causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, **variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima.** STJ. 6ª Turma. HC 338840/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/02/2016.

e) Algumas características:

- A reparação do dano ou restituição da coisa tem **natureza objetiva**, razão pela qual comunica-se aos demais coautores e partícipes do crime (majoritário).
- A recusa do ofendido **NÃO** impede a redução da pena.

- Em algumas situações, não se aplicará pelo fato de existir norma específica mais favorável para o caso de haver reparação do dano, como por exemplo, extinção da punibilidade, ex: apropriação indébita, crimes de menor potencial ofensivo, peculato culposo etc.

> **STJ-REsp 1.187.976:** o arrependimento posterior tem natureza objetiva. Portanto, a reparação do dano ou restituição da coisa efetuada por um dos agentes estende o benefício aos demais.
>
> **(Banca FCC)** No arrependimento posterior, a reparação do dano ou a restituição da coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, ainda que efetivada por um só agente, é circunstância objetiva e deve comunicar-se aos demais réus (item correto).

REGRAS ESPECIAIS DIANTE DA REGRA GERAL DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR:

1. PECULATO CULPOSO

- Reparação do dano até a sentença irrecorrível — extinção da punibilidade
- Reparação do dano após a sentença irrecorrível — redução de ½ da pena

> Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
> § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

2. **APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA**

> Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> § 2o É **extinta a punibilidade** se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

3. ESTELIONATO PELA EMISSÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS

A Súmula 554 do STF não incide para qualquer estelionato, mas apenas para o estelionato em que há emissão de cheque sem fundo.

Assim, se o pagamento for antes do recebimento da denúncia, objetaria /impediria o prosseguimento da ação penal.

> **Súmula 554**. O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, **não obsta o prosseguimento da ação penal**.

Olho na jurisprudência! **Não cabe arrependimento posterior no homicídio culposo praticado no trânsito!** Veja o teor do informativo 590 do STJ.

> 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 e 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.

7. CRIME IMPOSSÍVEL (ART. 17, CPC)

> Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

a) **Conceito:** Verifica-se da impossibilidade de ocorrer a consumação, seja pela ineficácia absoluta do meio, ou por absoluta impropriedade do objeto. Também conhecido por **"tentativa inidônea, tentativa inadequada, tentativa impossível ou quase crime".**

b) **Natureza jurídica:** Causa de exclusão da tipicidade

c) **Espécies de crime impossível:**

- **Por ineficácia absoluta do meio de execução:** O meio empregado ou o instrumento utilizado para a execução do crime jamais levarão a consumação, pois não possui potencialidade lesiva alguma. Ex: Um palito de dente para matar um adulto é incapaz de produzir o resultado. A idoneidade deve ser analisada no caso concreto.

Obs: A ineficácia do meio, quando relativa, leva à tentativa e não ao crime impossível. Ex: um palito é meio relativamente independente eficaz para matar um recém-nascido, perfurando-lhe a moleira.

- **Por impropriedade absoluta do objeto:** A pessoa ou coisa sobre que recai a conduta é absolutamente inidônea para a produção de algum resultado lesivo, o objeto material do crime é absolutamente impróprio. Ex.: Caso de uma mulher grávida, ingere substância com efeito abortivo,

mas na verdade não era gestante. Também é tentativa inidônea atirar contra alguém já morto, pensando que está viva para prática de homicídio.

Obs.: de acordo com o autor Fernando Capez, a impropriedade não pode ser relativa, pois nesse caso haverá tentativa. Ex.: o punguista enfia a mão no bolso errado. Houve circunstância meramente acidental que não torna impossível o crime. No caso, responde por tentativa. Por outro lado, se a vítima não tivesse nada em nenhum dos seus bolsos, a impropriedade seria absoluta, inviabilizando totalmente a consumação do delito e tornando-o impossível.

Critério para aferição da idoneidade: a aferição da idoneidade deve ser feita no momento em que se realiza a ação ou omissão delituosa:

a) se concretamente os meios ou o objeto eram inidôneos para a consecução do resultado já antes de se iniciar a ação executória, o crime é impossível.

b) se os meios ou o objeto tornam-se inidôneos concomitantemente ou após o início da execução, tipifica-se uma tentativa de crime que se pretendia cometer, porque, no momento em que o agente praticou o crime, este tinha possibilidade de consumar-se. Um exemplo dado pelo autor Fernando Capez, em que o agente envenena a vítima, que já tinha sido envenenada antes por outra pessoa. Vindo ela, posteriormente, a falecer em decorrência do veneno anterior, não se poderá falar em crime impossível no tocante ao agente, que, assim, responderá por tentativa, pois a vítima ainda estava viva quando ele a envenenou, sendo esse objeto material idôneo para sofrer a agressão homicida. O resultado só não ocorreu em decorrência de conduta anterior, que produziu sozinha o resultado morte.

> **Súmula 145, STF: "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".** Segundo Greco, "por intermédio da Súmula n° 145 do STF foi pacificado o entendimento daquela Corte no sentido de que, em determinadas situações, se a polícia preparar o flagrante de modo a tornar impossível a consumação do delito, tal situação importará em crime impossível, não havendo, por conseguinte, qualquer conduta que esteja a merecer a reprimenda do Estado".

A atuação ao agente provocador pode impedir a caracterização do crime, quando se cria um cenário em que o crime não pode ocorrer. Será uma hipótese de flagrante provocado ou de crime de ensaio. No caso há uma indução de um terceiro para a prática criminosa, e assim, provocar uma responsabilização. Teríamos nesse caso, um controle de um terceiro na situação que provocou a conduta agente, simulando por exemplo uma transação ilícita para o flagrante, tornando o crime impossível (crime de ensaio).

> 2. O fato foi noticiado por produção jornalística, mediante contato telefônico de paciente fictício, integrante da equipe de reportagem identificado com nome falso, a quem foi posteriormente entregue receituário sem comparecimento ao consultório médico. 3. Configurado crime impossível, na modalidade crime de ensaio, nos termos do art. 17 do CP e Súmula 145/STE, **porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso**

> **paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico.** 4. Agravo regimental provido para absolver a recorrente, com efeitos extensivos à corré V C. B, ante a ocorrência de crime impossível. (..)» (STI, AgRg nos EDdl AREsp 1184410/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 27/09/2018).

ATENÇÃO!!! O PACOTE ANTICRIME INSERIU, NA LEI DE DROGAS E NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, A FIGURA DO "POLICIAL DISFARÇADO", COM O INTUITO EXATAMENTE DE EVITAR QUE OCORRA O CRIME IMPOSSÍVEL EM RAZÃO DO FLAGRANTE PREPARADO QUANDO HOUVER INDÍCIOS PROBATÓRIOS DE CONDUTA CRIMINOSA PREEXISTENTE!

> **Súmula 567 -** Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.

Caiu em prova Delegado SP/2023! No que concerne ao crime impossível, nossos tribunais em matéria sumulada, interpretam que sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não tornam impossível a configuração do crime de furto. **(item correto).**

d) Teorias sobre o crime impossível:

1) **Subjetiva**: O crime impossível deve receber a mesma punição que o crime consumado, pois o agente tem uma vontade ilícita e essa vontade deve ser punida.
2) **Sintomática:** o crime impossível revela a periculosidade do agente, portanto, o agente deve suportar uma medida de segurança.
3) **Objetiva –** essa teoria leva em conta a potencialidade da conduta para ofender o bem jurídico. Quando a conduta não tem potencialidade, surge a chamada inidoneidade. A teoria objetiva se divide em duas:
   - **Teoria objetiva pura:** havendo inidoneidade, não importa se absoluta ou relativa, será caso de crime impossível – não admite a tentativa, pois sempre que o agente não conseguir consumar o crime será caso de crime impossível;
   - **Teoria objetiva temperada ou intermediária**: se a idoneidade for absoluta o crime é impossível, se a inidoneidade for relativa, será hipótese de tentativa. **Adotada pelo CP.**

Já caiu em prova e foi considerada INCORRETA a seguinte alternativa: No direito penal brasileiro, adota-se a teoria subjetiva para o regramento do crime impossível, o que significa que o agente não responde, inclusive pela tentativa, diante da impossibilidade da consumação do crime em razão da ineficácia absoluta do meio ou da absoluta impropriedade do objeto.

e) Crime putativo x crime impossível:

- **Crime impossível:** O autor, com intenção de cometer o delito, NÃO consegue, pela inidoneidade do meio ou do objeto material.

- **Crime putativo:** O agente, embora acredite praticar fato típico, realiza um indiferente penal. (Ex.: Agente que comete adultério e pensa ser um ilícito penal). No delito putativo por erro de tipo, o sujeito quer praticar um crime, mas, devido ao desconhecimento da situação de fato, comete um irrelevante penal. Também chamado de crime de alucinação.

Já caiu em prova e foi considerada INCORRETA a seguinte assertiva: Crime impossível e delito putativo são considerados pela doutrina como expressões sinônimas.

Delito putativo por obra do agente provocador, crime de flagrante preparado, delito de ensaio ou experiência: A polícia ou terceiro (agente provocador) prepara uma situação, na qual induz o agente a cometer o delito (ex: delegada grávida pede para o médico fazer aborto ilegal e depois que o prende em flagrante). Nessa situação o autor é protagonista de uma farsa que, desde o início, não tem a menor chance de dar certo. Por essa razão a jurisprudência considera a encenação do flagrante preparado uma espécie de crime impossível entendendo não haver delito, ante a atipicidade do fato.

JURISPRUDÊNCIAS PERTINENTES AO INSTITUTO DO CRIME IMPOSSÍVEL

Info. 633, STJ – 2018

O art. 291 do Código Penal tipifica, entre outras condutas, a posse ou guarda de maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda. A expressão "especialmente destinado" não diz respeito a uma característica intrínseca ou inerente do objeto. Se assim fosse, só o maquinário exclusivamente voltado para a fabricação ou falsificação de moedas consubstanciaria o crime, o que implicaria a absoluta inviabilidade de sua consumação (crime impossível), pois nem mesmo o maquinário e insumos utilizados pela Casa de Moeda são direcionados exclusivamente para a fabricação de moeda. Info. 885, STF – 2017

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Direito Penal – Parte Geral – Volume 1 – 13ª edição – Cleber Masson;
- Sinopse nº1 – Direito Penal – Parte geral – 7ª edição – Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo;
- Manual de Direito Penal – Parte geral – 7ª edição – Rogério Sanches Cunha.
- Site Dizer o Direito – www.dizerodireito.com.br
- Curso de Direito Penal – Parte Geral – Volume 1 – 21ª edição – Rogério Greco

META 6 – REVISÃO SEMANAL

DIREITO CONSTITUCIONAL: TEORIA CONSTITUCIONAL

TODOS OS ARTIGOS
• Art. 3º do ADCT • Arts. 1º a 4º da CF/88 → **saber na ponta da língua. Despenca em prova;** • Art. 34, CF/88 • Art. 60, CF/88 → **saber na ponta da língua. Despenca em prova;** • Arts. 136 e 137, CF/88
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 34, inc. VII, CF/88 • Art. 60, CF/88 (muito importante!)

DIREITO PROCESSUAL PENAL: INQUÉRITO POLICIAL

TODOS OS ARTIGOS RELACIONADOS AO TEMA

CF/88

- Art. 5º, LIV, LV e LVI
- Art. 5º, LVII
- Art. 5º, LX a LVVII
- Art. 5º, LXVIII e LXIX da CF/88
- Art. 129, VIII

CPP:

- Art. 3-A, CPP
- Art. 3-B, CPP
- Arts. 4º a 23, CPP
- Art. 28, CPP
- Art. 39, §§3º, 4º e 5º, CPP
- Art. 67, I, CPP
- Art. 107, CPP
- Art. 149, §1º, CPP
- Arts. 155 e 158, CP
- Art. 304, §1º, CP
- Art. 311, CPP
- Art. 378, II, CPP
- Arts. 395 e 397 do CPP
- Art. 405, §1º, CPP
- Art. 549, CPP

OUTROS DIPLOMAS LEGAIS:

- Lei 12.830/2013
- Lei 12.037/09 – art. 1º a 5º
- Art. 3º, I, 8º e 9º da Lei 9296/96
- Art. 1º, I da Lei 7960/899
- Arts. 9º ao Art. 28 do Código de Processo Penal Militar
- Art. 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB
- Art. 7º, §§10º e 11º do Estatuto da OAB
- Arts. 12, 30 e 32 da Lei de Abuso de Autoridade
- Arts. 28 e 51 da Lei de Drogas
- Art. 301, CTB

ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER

- Art. 5º, LX a LVVII da CF/88
- Art. 3º-B, inc.: IV, VIII, IX, X e XI, CPP
- Art. 5º, caput, §§2º , 4º e 5º, CPP
- Art. 6º, CPP
- Art. 10, CPP
- Arts. 13, 13-A e 13-B, CPP
- Arts. 14 e 14-A, CPP
- Arts. 16, 17, 18 e 20 do CPP
- Art. 28, CPP
- Arts. 395 e 397 do CPP
- Art. 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB
- Lei 12.830/2013 inteira (importantíssima!)
- Art. 3º, IV da Lei 12.037/09

SÚMULAS RELACIONADAS AO TEMA
Súmula Vinculante 14-STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.
Súmula 524-STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

DIREITO CONSTITUCIONAL: REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

TODOS OS ARTIGOS
CF/88 • Art. 5º, inc. LXVIII a LXXIII, • Art. 5, inc. LXXVII, • Art. 102, inc. I, "d", "i" e "q" • Art. 102, inc. II, "a" • Art. 105, inc. I, "b", "c" e "h" • Art. 105, inc. II, "a" • Art. 108, inc. I, "c" e "d" • Art. 121, §3º e §4º, inc. V • Art. 142, §2º **CPP** • Art. 3-B, inc. XII • Art. 574, I • Art. 581, X • Art. 612 • Arts. 647 a 667 **OUTROS DIPLOMAS LEGAIS:** • Lei 9507/97 (*habeas data*) • Lei 12.016/2009 (mandado de segurança) • Lei 13.300/2016 (mandado de injunção) • Lei 4717/65 (ação popular) • Art. 23, 24, 30, 32 e 41-A, Lei 8038/90
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER!
CF/88 • Art. 5º, inc. LXVIII a LXXIII • Art. 5, inc. LXXVII **CPP** • Art. 3º-B, inc. XXII • Arts. 647, 648, 651 • Art. 654, *caput*. • Art. 655 e 656 • Art. 660, §§ 1º e 4º **LEI 9507/97 (HABEAS DATA)**

- Art. 4º
- Art. 7º
- Art. 8º, §único
- Art. 19

LEI 12.016/2009 (MANDADO DE SEGURANÇA)

- Art. 1º e 3º
- Art. 6º, *caput*
- Art. 7º, inc. I e §4º
- Art. 8º a 10º
- Arts. 14 e 20
- Arts. 21 a 23
- Art. 26

LEI 13.300/2016 (MANDADO DE INJUNÇÃO)

- Arts. 2º e 3º
- Art. 8º e 9º
- Arts. 11 a 13

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE I (CONCEITOS GERAIS – CLASSIFICAÇÕES – INÍCIO DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME)

TODOS OS ARTIGOS
• Art. 1, CP • Art. 13, §2º, CP • Art. 14, CP • Art. 75, CP • Arts. 1º a 10 da Lei de Contravenções Penais (DL 3688/41)
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 1º, CP • Art. 13, §2º, CP • Art. 14, CP • Art. 75, CP

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL: LEI DO JECRIM

ARTIGOS MAIS IMPORTANTES RELACIONADOS AO TEMA
CRFB/88 • Art. 24, incisos X e XII, da CRFB; • Art. 98, da CRFB/88. **LEI N. 9.099/95** • Art. 2°; • Art. 41; • Art. 60; • Art. 61; • Art. 62; • Art. 63; • Art. 65 e §1°; • Art. 69; • Art. 72; • Art. 74; • Art. 76; • Art. 77; • Art. 82; • Art. 90-A; • Art. 94; **LEI N. 10.741/03** • Art. 94, Lei n° 10.741/03

DIREITO PENAL: TEORIA DO CRIME – PARTE II (CONTINUAÇÃO DE "FATO TÍPICO" – TEORIA DO TIPO – ITER CRIMINIS – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, ARREPENDIMENTO EFICAZ E ARREPENDIMENTO POSTERIOR – CRIME IMPOSSÍVEL)

TODOS OS ARTIGOS RELACIONADOS AO TEMA
• Art. 13, caput e §1º, CP • Art. 15 a 19, CP • Art. 20, §1º, CP • Art. 4º, Lei de Contravenções Penais • Art. 33, Código Penal Militar
ARTIGOS MAIS IMPORTANTES – NÃO PODEM DEIXAR DE LER
• Art. 13, caput e §1º, CP **(muito, muito, muito importante! Não vá para a prova sem ter este artigo decorado na ponta da língua!)** • Art. 15 a 17, CP

SÚMULAS RELACIONADAS AO TEMA
Súmula 145-STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.