

COLEÇÃO  
ROTEIROS DE PROVA ORAL

Coordenadores  
Mila Gouveia  
William Akerman

# MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

## **Autores**

Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa  
Fernando Ferreira Abreu  
Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello  
Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro  
Gustavo Silva Tamaoki  
Laura Minc Baumfeld  
Marcos Davidovich  
Rodrigo de Andrade Figaro Caldeira  
Rosângelo Rodrigues de Miranda

3ª edição  
Revista e atualizada

2021



# DIREITO CONSTITUCIONAL

*Rosângelo Rodrigues de Miranda*

**Sumário:** 1. Interpretação constitucional – 2. Eficácia das Normas Constitucionais – 3. Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Poder Constituinte. Conceito de Constituição. – 4. Nacionalidade – 5. Da organização do Estado – 6. Dos Direitos Políticos. Dos Partidos Políticos – 7. Direitos Fundamentais. Da Ordem Social – 8. Do Poder Legislativo – 9. Do Poder Executivo – 10. Do Poder Judiciário – 11. Do Ministério Público – 12. Controle de Constitucionalidade – 13. Ações Constitucionais – 14. Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

## 1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Cite alguns postulados da interpretação constitucional.

- De modo geral, a doutrina adota como postulados, ou princípios da interpretação constitucional, as seguintes ideias:
- (i) *Unidade*: a Constituição é um sistema de normas que devem ser interpretadas conjuntamente. Trata-se de um ordenamento jurídico que pressupõe completude e coerência.
  - (ii) *Máxima efetividade*: a Constituição deve ser interpretada de modo a garantir a máxima eficácia possível de suas normas.
  - (iii) *Concordância prática ou harmonização*: diante de situações fáticas que coloquem princípios constitucionais em confronto, é necessário adotar a interpretação que os harmonize da melhor forma, evitando que um princípio seja completamente sucumbido em detrimento de outro.
  - (iv) *Supremacia da Constituição*: todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir da ideia de que a Constituição é a lei máxima e suprema,

de forma que o ordenamento deve sempre ser compatibilizado com as normas fundamentais dispostas na Constituição.

- (v) *Proporcionalidade e direitos fundamentais*: a Constituição deve ser interpretada sempre de modo a proteger direitos fundamentais e buscar a resolução de conflitos a partir da proporcionalidade.
- (vi) *Princípio do efeito integrador*: o ordenamento jurídico deve ser interpretado de modo a se buscar a sua integração a partir das normas fundamentais da Constituição, favorecendo a interação política e social da comunidade.

## 2. Quais os métodos clássicos de interpretação constitucional?

➔ Os métodos clássicos de interpretação são:

- (i) *Interpretação gramatical*: busca uma interpretação linguística do texto constitucional, estabelecendo limites possíveis ao intérprete dentro do que está escrito no texto, isto é, dentro do limite dos significados das palavras;
- (ii) *Interpretação lógico-sistemática*: busca uma interpretação que compreenda o ordenamento constitucional como um todo, identificando as relações e conexões das normas, e evitando interpretá-las isoladamente;
- (iii) *Interpretação histórica*: busca uma interpretação que identifique o sentido da norma no momento em que o dispositivo normativo foi escrito. Em outras palavras, a interpretação constitucional histórica busca desvendar as intenções do constituinte ao elaborar determinada norma;
- (iv) *Interpretação teleológica*: busca uma interpretação que atenda à finalidade da norma, isto é, ao objetivo que se extrai do texto constitucional. Trata-se de uma interpretação evolutiva que entenda que a sociedade e, conseqüentemente, a constituição se altera no tempo, tendo em vista que os objetivos fundamentais normatizados no texto constitucional também se alteram.

Método de interpretação	O que busca
Gramatical	Sentido linguístico das palavras
Histórico	Intenção dos constituintes
Lógico-sistemático	Conjunto normativo como um todo
Teleológico	Finalidade das normas

### 3. Quais as características do método de interpretação histórica?

➔ Ao buscar identificar o sentido normativo dado pelo constituinte ao texto constitucional, tal método favorece uma interpretação mais legítima no sentido de buscar a resposta realmente procurada pelo Poder Constituinte a uma situação fática. Trata-se de uma interpretação que confere, portanto, maior legitimidade representativa à decisão, visto que, se outra fosse a vontade do Constituinte, este não a teria editado, ou já teria modificado o texto constitucional.

Por outro lado, a interpretação histórica ignora que a sociedade e a Constituição estão em constantes modificações, dado que se trata de um documento vivo e sensível aos fundamentos que estruturam e regem aquela comunidade política. Assim, uma interpretação presa ao sentido originário do texto é refém de um anacronismo problemático para o próprio sentido da constituição, pois incapaz de acompanhar as mudanças de sua comunidade política.

### 4. Cite outros métodos de interpretação constitucional além dos métodos tradicionais ou clássicos.

➔ Existem outras propostas de métodos de interpretação constitucional desenvolvidos por distintas correntes da doutrina, dentre os quais é possível destacar:

- (i) *Método tópico-problemático*: interpretar, neste método, é resolver conflitos, a partir de um sistema constitucional aberto, dando prioridade à discussão e argumentação em detrimento da mera dedução lógica (subsunção). A tópica é uma técnica, uma ferramenta para decidir, e não um sistema científico. Centra-se no problema a ser resolvido. Trata o direito como um processo social sempre inacabado. Uma guia de discussão jurídica para resolução de problemas.
- (ii) *Método científico-espiritual*: trata-se de método que impõe a necessidade de captação espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional, visto ser a comunidade um locus de valores efetivamente vividos. O método, desta forma, concede grande importância aos valores realmente vividos em comunidade, de forma que estes devem ser considerados na interpretação ainda que não estejam positivados na Constituição, demonstrando a influência da realidade social sobre a interpretação constitucional.
- (iii) *Método jurídico normativo-estruturante*: método baseado na obra de Friedrich Müller, e que afirma que ser e dever-ser são duas faces da mesma

realidade. A norma é resultado da concretização do trabalho interpretativo do juiz, levando em consideração tanto o que está disposto no ser (a realidade fática), quanto no dever-ser (a realidade normativa). Interpretar é, assim, uma operação indutiva, em que se deve compreender a relação norma-realidade social. Müller, desta maneira, integra a realidade no campo interpretativo. A norma não se encontra antes do próprio texto, mas enquanto resultado do processo argumentativo e decisório.

## 5. O que seria o método concretizador de Konrad Hesse?

➤ Excelência, para Konrad Hesse, a interpretação constitucional não é mera subsunção de norma, mas, sim, a concretização de um sistema jurídico na realidade fática.

Trata-se, assim, de um método que propõe a reconstrução da norma no caso concreto, devendo o juiz agir de maneira criativa, de forma adequar o problema à realidade constitucional, que é aberta e ampla. A interpretação só ocorre num momento histórico concreto.

A concretização, desta forma, se apresenta como um procedimento, em que se deve apontar os pontos de vista que estejam relacionados com o problema, a fim de encontrar a melhor solução.

## 6. Quais seriam as distinções entre princípios e regras?

➤ A distinção entre princípios e regras é um debate amplo na doutrina constitucionalista. De forma geral, é possível distinguir duas amplas correntes teóricas de autores nesta distinção:

(i) *distinção fraca*: entende que princípios e regras possuem apenas uma distinção de grau, isto é, de generalidade, abstração. Regras são normas com baixo grau de generalidade, enquanto princípios são mais gerais.

Por exemplo, a legalidade é um princípio, visto que altamente abstrato e genérico, enquanto o direito de responder uma acusação de crime em liberdade é uma regra, visto que de grau fechado e restrito.

(ii) *distinção forte*: entende que princípios e regras possuem estruturas lógicas distintas, sendo qualitativa e estruturalmente diferentes. Para Alexy, por exemplo, regras são normas que se aplicam por subsunção, enquanto princípios são normas que se aplicam como mandados de otimização.

Neste sentido, a legalidade é uma regra, visto que, identificado um suporte fático, tal norma incidirá e produzirá seus efeitos, não havendo qualquer ponderação a ser feita. A legalidade não se aplica na máxima medida possível, mas sempre que o suporte fático de sua previsão se concretiza. Por outro lado, o direito à privacidade é um princípio, visto que não incide automaticamente sobre um suporte fático, mas deve ser aplicado na maior medida possível de acordo com a realidade, podendo ser ponderado diante de uma situação em que sua aplicação coloque em risco um outro princípio, como o princípio da liberdade de expressão, por exemplo.

### 7. A regra da proporcionalidade cria uma hierarquia entre direitos fundamentais?

➡ A regra da proporcionalidade não cria uma hierarquia absoluta dos direitos fundamentais, ou seja, não se pode concluir que um direito fundamental será aplicado sobre outro direito fundamental em todos os casos. A regra apresenta a cada caso a possibilidade de otimizar os direitos fundamentais naquela determinada situação.

### 8. Em que sentido a aplicação da proporcionalidade pode incidir em casos que envolvem direitos fundamentais?

➡ A doutrina e a jurisprudência brasileira têm acatado, no que tange ao princípio da proporcionalidade, dentre outras, a teoria proposta pelo constitucionalista alemão Robert Alexy.

Alexy parte da distinção entre regras e princípios.

Para ele, as regras são normas cuja incidência se dá pela subsunção, existindo sempre apenas uma única regra válida para cada situação. Neste caso, um eventual conflito entre regras é apenas aparente, devendo o julgador buscar no ordenamento qual a única regra válida.

Por sua vez, os princípios são normas que se estruturam logicamente como mandados de otimização, isto é, devem ser aplicados na maior medida possível, de modo que dois princípios podem incidir e mesmo colidir numa mesma situação.

Ocorre que muitos direitos fundamentais são normas que possuem a estrutura de princípios, podendo, portanto, colidir nos casos concretos. Como exemplo podemos citar a situação de determinada lei que limita a liberdade

de imprensa com a justificativa de proteger o direito à privacidade de alguns indivíduos. É para resolver estes casos de colisão de princípios e ou direitos fundamentais que Alexy propõe a utilização da proporcionalidade, que pode ser dividida em três fases:

- (i) Análise da *adequação*, em que se questiona se a medida tomada realmente é apta a atingir o seu fim (no caso, proteger o direito à privacidade).
- (ii) Análise da *necessidade*, em que se questiona se não haveria outro meio menos danoso ao princípio conflitante para que esse fim fosse atingido.
- (iii) Análise da *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se questiona se o fim atingido, em detrimento da limitação de outro direito fundamental, é um resultado que otimiza os valores envolvidos no conflito.

Assim, a aplicação da proporcionalidade a partir da teoria de Alexy não resulta em uma hierarquia entre direitos fundamentais, mas numa ponderação para que se otimize os direitos envolvidos de acordo com a situação concreta. Isto é, que se retire o melhor de cada qual, respeitando o máximo do gozo e o mínimo de perda de cada um.

### ***Regras e Princípios para Alexy***

<b>Regras</b>	<b>Princípios</b>
Subsunção	Mandados de otimização
Conflito apenas aparente	Possibilidade de real conflito
Uma única regra válida	Pode haver a incidência de mais de um princípio

### ***Proporcionalidade na Resolução de Conflitos de Princípios***

<b>Adequação</b>	<b>O meio escolhido é apto a atingir o seu fim?</b>
Necessidade	Há outro meio que atinja este fim e com consequências menos danosas para o outro princípio?
Proporcionalidade em sentido estrito	Há proporcionalidade entre o fim a ser atingido e as consequências para o princípio que sofrerá restrições?

**9.** É possível se afirmar que a norma da proporcionalidade estaria positivada na Constituição brasileira?

➔ Não, não se trata de uma norma positivada. Pelo contrário, a proporcionalidade é uma norma constitucional implícita, visto que não está disposta expressamente no texto constitucional.

Trata-se de uma *derivação da noção de Estado Democrático de Direito*, esta sim disposta expressamente no *caput* do artigo 1º da Constituição. A proporcionalidade, neste sentido, expressa a própria ideia de equilíbrio e pluralidade que sustenta um Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, essencial para a garantia de direitos e liberdades.

**10.** Candidato, qual o conceito do método científico espiritual de interpretação das normas constitucionais?

➔ Excelência, O método científico-espiritual inicialmente conceitual Rudolf Smend parte da ideia de que a constituição é composta por um sistema cultural e de valores de um povo, ficando a cargo do intérprete, a tarefa de aproximação entre esses valores e a hermenêutica constitucional.

A Constituição é observada sob à ótica fenomenológica cultural, conclui-se que é norma jurídica portanto, científica, porém concretizadora de valores caros à sociedade, possuindo caráter dinâmico, se modificando a partir das transformações sociais assim espirituais. É uma releitura dos valores e dogmas da Constituição a partir da realidade social.

**11.** Em que consiste o método hermenêutico-concretizador de interpretação das normas constitucionais?

➔ O método hermenêutico-concretizador tem por ponto de partida o fato de que a leitura de qualquer texto constitucional se inicia a partir de pré-compreensões já presentes no intérprete, a quem cabe a tarefa de concretizar a norma, sempre para e a partir de uma situação histórica concreta.

Nesses termos, a interpretação constitucional nada mais é do que um processo de concretização. Com esse método, ganham destaque tanto os pressupostos subjetivos quanto objetivos, de modo que a relação entre texto e contexto percorre uma circularidade.



**12.** Candidato, o que é o Princípio da unidade da Constituição? É possível a ocorrência de normas constitucionais originárias inconstitucionais?

➔ Excelência, o princípio da unidade da constituição impõe que não haja hierarquia entre normas constitucionais, de tal forma não pode haver normas constitucionais originárias em contradição com outras que o autor considera de grau superior, assim esse princípio não permite a construção conceitual que seria possível normas constitucionais originárias inconstitucionais.

A melhor jurisprudência do STF, Excelência, não permite que se conclua a ocorrência de normas constitucionais originárias inconstitucionais (ADI 815-Min. Moreira Alves):

“A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores.”

## 2. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**13.** Como se caracteriza a eficácia da norma constitucional?

➔ Trata-se de uma classificação que busca explicar como se dá a produção dos efeitos de distintas normas no plano jurídico.

*Norma de eficácia plena:* trata-se de norma constitucional que incide diretamente sobre o suporte fático, não dependendo de mais qualquer outra condição. Pode-se citar como exemplo as normas do artigo 12 da Constituição, que definem o que são brasileiros natos e naturalizados.

*Norma de eficácia contida:* trata-se de norma cuja eficácia pode ser restringida por leis infraconstitucionais. Como exemplo, cita-se a norma constitucional que dispõe, no artigo 5º, inciso XII, ser “*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. Nota-se que a eficácia desta norma pode ser contida por lei que defina as hipóteses de cabimento da violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas.

*Norma de eficácia limitada:* trata-se de norma cuja eficácia depende da implementação de uma lei. Tal classificação pode ainda se subdividir em:

- (i) *princípio institutivo:* norma que prevê a instituição de algum órgão ou instrumento jurídico, mas que deixa para lei ordinária a sua regulamentação. Como exemplo, pode-se citar o artigo 153, inciso VII da Constituição, que prevê a competência da União para instituição de impostos sobre grandes fortunas. A eficácia da instituição deste imposto depende de lei ordinária da União.
- (ii) *norma programática:* norma que depende de uma atuação concreta do Estado para que seja efetivada. Os grandes exemplos de normas programáticas são os direitos sociais, que dependem de mobilização ativa do Estado para que produzam seus efeitos. Quando a Constituição prevê, por exemplo, o direito à saúde, a produção de efeitos jurídicos desta norma depende de dotação orçamentária, políticas públicas e toda uma prestação positiva do Estado que, contudo, está relacionada aos limites materiais da realidade.

Eficácia Plena	Eficácia Contida	Eficácia Limitada
Produz automaticamente todos os seus efeitos	Pode ter seus efeitos limitados por lei infraconstitucional	Depende de lei ou de fatores materiais para produzir seus efeitos
Ex: Normas que definem a nacionalidade	Ex: Norma que proíbe a quebra de sigilo de correspondência, com exceção dos casos previstos em lei	Ex: Norma que prevê a instituição de determinado órgão, ou norma que prevê o direito à saúde

#### 14. As normas programáticas possuem algum efeito no sistema normativo?

➔ Sim, as normas programáticas possuem caráter normativo, vinculando as decisões dos Poderes. De fato, Excelência, a jurisprudência tem progressivamente garantido o controle judicial de direitos sociais nos casos em que há omissão injustificada da Administração Pública na prestação de determinados serviços, mesmo quando a Administração Pública teima em afirmar que tal ou tais direitos sociais não possuiriam eficácia por serem, na visão dela, baseados em meras normas programáticas.

Ademais, de forma geral, a doutrina elenca ainda alguns efeitos indiretos das normas programáticas, quais sejam:

- (i) servir de parâmetro de constitucionalidade, impedindo a superveniência de legislações que se tornem obstáculos para a efetivação destes direitos;



# DIREITO ADMINISTRATIVO

*Glauca Rodrigues Torres de Oliveira Mello*

**Sumário:** 1. Princípios do direito administrativo – 2. Organização administrativa – 3. Concessão e permissão de serviços públicos – 4. Terceiro setor – 5. Serviços públicos – 6. Poderes administrativos – 7. Ato administrativo – 8. Processo administrativo – 9. Licitação e contratos administrativos – 10. Intervenção do Estado na ordem econômica – 11. Intervenção do Estado na propriedade – 12. Desapropriação – 13. Bens públicos – 14. Agentes públicos – 15. Responsabilidade civil do Estado – 16. Controle da administração pública.

## 1. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1. Em que consiste o princípio da legalidade administrativa?

➡ O princípio da legalidade encontra-se expresso no artigo 37, *caput*, da Constituição, tratando-se de um dos princípios administrativos basilares, elementar ao Estado de Direito. Tradicionalmente, o princípio da legalidade administrativa admite duas acepções: *legalidade como supremacia da lei* e *legalidade como reserva de lei*.

A legalidade como *supremacia* da lei significa que a lei apenas *prevalece* sobre os atos administrativos, ideia *essa* diretamente relacionada à doutrina da *vinculação negativa*, de acordo com a qual a administração pode fazer tudo aquilo que não está lhe é vedado por lei. Já a legalidade como *reserva de lei* propugna que determinadas matérias devem necessariamente ser regulamentadas por meio de lei formal. Esta última acepção encontra-se ligada à ideia de *vinculação positiva* do administrador à lei, o que significa dizer que a administração pública só pode fazer aquilo que está autorizado na lei.

É possível afirmar que ainda é majoritária a clássica noção de legalidade como vinculação positiva da administração pública à lei. Conforme a célebre lição de Hely Lopes MEIRELLES: “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”<sup>1</sup>.

## 2. O que se entende por juridicidade?

➔ Sem prejuízo da clássica noção de legalidade administrativa, a doutrina mais moderna vem propondo uma releitura do princípio, mormente diante da *constitucionalização do direito* e da *ascensão do pós-positivismo jurídico*. A partir do momento em que passamos a reconhecer a força normativa das normas e princípios constitucionais, a *lei* deixa de ser o único parâmetro de validade da atuação do administrador. Ademais, não é crível conceber a atuação administrativa como uma cega aplicação das leis, sendo inegável haver margem para inovação e liberdade de atuação para o administrador.

Em razão disso, a doutrina evolui para considerar que a Administração se encontra vinculada *não somente à lei, mas ao direito como um todo*. Nisso consiste o princípio da juridicidade, que se encontra hoje positivado no art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.874/99. Em suma, tendo em vista o desenvolvimento do princípio da juridicidade, é possível dizer que a noção clássica de legalidade como uma vinculação positiva à lei encontra-se relativizada.

## 3. Discorra sobre o princípio da impessoalidade, pontuando seus principais aspectos.

➔ O princípio da impessoalidade, previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição, determina que a Administração não pode conferir tratamento desigual àqueles que se encontram em situação idêntica. Trata-se, em última análise, de uma projeção setorial do princípio da isonomia. A doutrina destaca dois significados para a impessoalidade.

Num primeiro aspecto, a impessoalidade pode ser compreendida no sentido de *isonomia ou igualdade*, sendo vedada a adoção de posturas discriminatórias ou desproporcionais para com os administrados, bem como a concessão de privilégios odiosos para uns em detrimento de outros. São corolários dessa

1. Direito Administrativo Brasileiro. 41ª Edição. Editora Malheiros. 2015. Pag. 91.

ideia, por exemplo, as regras do *concurso público*, da *licitação* e dos *precatórios* (art. 100, CR).

Por outro lado, a impessoalidade pode ser compreendida no sentido da *proibição da promoção pessoal*, vedando que governantes se apropriem pessoal e individualmente de realizações atribuíveis ao poder público. O exemplo clássico deste aspecto da impessoalidade está no art. 37, § 1º, CR.

#### 4. Existe diferença entre probidade e moralidade administrativa?

➔ O princípio da *moralidade* vem arrolado no art. 37, *caput*, da Constituição como um dos princípios da administração pública, ao passo que a *probidade* vem mencionada no art. 37, § 4º, da Constituição. Sobre o questionamento, há pelo menos três correntes doutrinárias. Uma primeira corrente vai dizer que a moralidade é um conceito mais amplo que a probidade. Assim, a probidade seria um subprincípio da moralidade.

Uma segunda corrente vai nos dizer que a moralidade e a improbidade são expressões equivalentes, sendo certo que a moralidade seria o princípio e a improbidade seria uma forma de violação ao princípio da moralidade. É o entendimento do JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e MARIA SYLVIA DI PIETRO.

Uma terceira corrente vai nos dizer que a probidade é um conceito mais amplo que a moralidade. Isso porque a Lei 8.429/92, ao tipificar os atos de improbidade administrativa, prevê como ato de improbidade não somente a violação à moralidade, mas também a violação a todo e qualquer princípio da administração. Ou seja, a moralidade está contida na improbidade. É o entendimento do EMERSON GARCIA E ROGÉRIO PACHECO ALVES.

#### 5. Em que consiste o princípio da autotutela?

➔ O princípio da autotutela traduz o poder-dever da Administração de reconduzir seus atos à juridicidade, por meio da anulação, acaso viciados sob o prisma da legalidade; ou por meio da revogação, caso se tenham tornado inconvenientes e inoportunos. Significa que a administração pública pode (e deve) anular seus próprios atos quando contenham vício de legalidade; ou de revogá-los, quando tornarem-se inconvenientes e inoportunos. O

à satisfação de necessidades coletivas, ao passo que o interesse público secundário é o interesse do próprio erário, ligado às atividades meio do estado, e não às atividades-fim. A partir desta distinção, podemos afirmar que o princípio da supremacia do interesse público refere-se ao interesse público primário tão somente.

**9.** Quais são as principais críticas formuladas pela doutrina ao princípio da supremacia do interesse público?

➔ Mais recentemente, parte da doutrina vem se rebelando contra esta tradicional perspectiva do princípio. Argumenta-se que não há uma supremacia abstrata e *prima facie* do interesse público sobre o privado, bem como que eventual conflito entre os interesses deve se resolver com a ponderação, já que não há hierarquia entre normas constitucionais.

Dessa forma, não seria mais possível defender o princípio da *supremacia do interesse público*, que parte da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*. Ainda de acordo com esta linha de entendimento, jamais haveria um verdadeiro conflito entre interesse público e o interesse privado, já que a promoção do interesse público significa, em última análise, a promoção de interesses privados. Portanto, a dualidade entre interesses públicos e privados seria artificiosa.

Assim, ao invés de estabelecermos uma preferência a priori ao interesse público, nos casos em que não houver ponderação constitucional ou legislativa prévia, caberá ao administrador realizar uma ponderação de interesses no caso concreto, a fim de realizar na máxima medida cada um dos interesses em jogo<sup>4</sup>.

**10.** Em que consiste o princípio da subsidiariedade?

➔ O princípio da subsidiariedade preconiza a existência de uma ordem de precedência no que toca à responsabilidade pelo atendimento de demandas sociais. Primeiramente, as demandas devem ser atendidas pela própria sociedade civil, através de suas organizações. Somente secundária e subsidiariamente, na impossibilidade de atendimento satisfatório dessas demandas pela própria sociedade civil, é que deverão ser cometidas aos entes políticos

4. Gustavo Binenbojm. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag. 105.

tais tarefas. É o princípio da subsidiariedade que fundamenta o surgimento do chamado terceiro setor.

De outra parte, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que o princípio da subsidiariedade se aplica também em matéria de divisão de competências federativas. Ou seja, as demandas que puderem ser atendidas pela *organização política local*, deverão ser atendidas, portanto, pelo Município; as que não possam ser satisfeitas por ações *locais*, deverão passar à *organização política regional*, no caso o Estado; já demandas que ultrapassem as possibilidades das organizações *regionais*, serão cometidas à *organização política nacional* soberana, no caso, a União.

O princípio da subsidiariedade foi recentemente encampado pelo art. 2º, III, da [Lei 13.874/2019](#), relativamente ao exercício das atividades econômicas. O dispositivo erigiu a princípio a *intervenção subsidiária*, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

## 11. Em que consiste o princípio da consensualidade na administração pública?

➔ Tendo em vista as *mutações* pelas quais vem passando o direito administrativo, mormente diante do processo de *constitucionalização do direito*, cada vez mais a Administração se despe de suas tradicionais características da *imperatividade e verticalidade*. Neste contexto, avulta de importância o princípio da consensualidade, o qual denota a ascendência de uma Administração Pública *consensual, dialógica, dialogal, democrática ou participatória*.

O princípio determina que a Administração promova a abertura ao diálogo com os particulares – destinatários últimos das escolhas públicas -, a fim de conferir maior *legitimidade democrática* aos processos decisórios. Tal *abertura procedimental* ocorrerá, por exemplo, através de canais de diálogo e participação popular, de que são exemplo as consultas e as audiências públicas (v.g., art. 39 da Lei 8.666/1993; art. 2º, XIII; art. 40, § 4º, I e art. 44, todos do Estatuto da Cidade; art. 10, VI, da Lei 11.079/2004 – PPP). Além de conferir-se maior grau de legitimidade democrática à escolha política, a democratização do processo de formação decisório por meio do diálogo com a sociedade promove ainda *ganhos de eficiência*, na medida em que são reduzidos os custos de implementação da decisão.

É possível afirmar, portanto, que a *consensualidade* se vem sobressaindo como uma forma de incrementar a *eficiência* administrativa, consagrada no art. 37, *caput*, da Constituição. A despeito da falta de previsão constitucional expressa do princípio, aponta-se como fundamento do referido princípio a própria cláusula do Estado Democrático de Direito, inserida no art. 1º, da Constituição.

## 12. Em que consistem os acordos substitutivos?

- ➔ Os acordos substitutivos são ajustes celebrados entre a administração e o administrado, inspirados pelo princípio da consensualidade, por meio do qual a administração deixa de aplicar uma determinada medida de cunho *impositivo* (v.g., uma sanção), substituindo-a por outra medida *negociada* que melhor atenda ao interesse público (v.g. realização de investimento em determinada atividade de interesse público). Sobre o ponto, é digno de nota o art. 26 da LINDB<sup>5</sup>, o qual, de acordo com a doutrina, comporta uma *cláusula geral de consensualidade* no direito administrativo, ao autorizar, de forma genérica, a celebração de acordos substitutivos. O dispositivo cria um permissivo genérico que habilita o administrador, independentemente de lei específica, a negociar com o particular, com vistas a sepultar uma situação de irregularidade, insegurança jurídica ou contenciosidade.

## 2. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

### 13. Diferencie desconcentração e descentralização.

- ➔ Trata-se de diferentes formas de organização administrativa. A desconcentração é o processo de especialização *interna* de determinada pessoa jurídica, por meio da criação de órgãos (centros de competências) dentro de uma mesma estrutura hierárquica, escalonada em graus de subordinação. Trata-se de um fenômeno intestino ao ente ou entidade, valendo ressaltar que não há

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





# DIREITO CIVIL

*Laura Minc Baumfeld*

**Sumário:** 1. Pessoa natural e personalidade. Capacidade. Morte. – 2. Dos atos e negócios jurídicos. Obrigações e contratos. Direitos subjetivos e potestativos. Prescrição e decadência. – 3. Responsabilidade civil – 4. Direitos reais. Propriedade. Posse. Usucapião. Registro. – 5. Direito de família. Relações de parentesco. Casamento. Regime de bens. – 6. Sucessões – 7. Direito do consumidor. Conceito de consumidor.

## 1. PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE. CAPACIDADE. MORTE.

### 1. O que se entende por emancipação?

➤ A emancipação é instituto que permite a antecipação da capacidade plena àqueles que não a detenham em razão da idade.

Ela pode ser a) **voluntária ou convencional**, pela concessão dos pais –ou de um deles na falta do outro –, mediante instrumento público, a partir dos 16 anos de idade, independentemente de homologação judicial; b) **judicial**, quando concedida por sentença; e ainda c) **legal**, nas hipóteses taxativamente elencadas na legislação: casamento; exercício de emprego público efetivo; colação de grau em curso de ensino superior; estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o jovem tenha economia própria.

### 2. É possível que a emancipação se dê antes dessa idade, ou seja, antes dos 16 anos?

➤ Como explicado acima, em regra não é possível a emancipação antes dos 16 (dezesseis) anos.

A redação originária do artigo 1.520 do Código Civil de 2002, no entanto, permitia a celebração do casamento antes dos 16 anos em duas situações: (i) em caso de gravidez e (ii) para evitar imposição ao cumprimento de pena criminal. Por isso a Doutrina dizia que se, nestas hipóteses, excepcionalmente, era possível a celebração do casamento, não fazia sentido permitir que o jovem fosse casado e, ao mesmo tempo, permanecesse incapaz. Assim, quando se entendia que o casamento era possível fora da idade núbil, nas hipóteses do antigo artigo 1.520 do Código Civil, também ocorreria a emancipação, ainda que com idade inferior a 16 anos.

Mas, mesmo à época da redação originária do dispositivo, já se ressaltava uma das hipóteses extraídas de sua literalidade, já que após a reforma do Código Penal ocorrida em 2005 (Lei nº 11.106/05), a previsão de autorização para casamento do menor de 16 anos para evitar a imposição de sanção penal tornou-se descabida, uma vez que não havia mais a extinção da punibilidade do agressor pelo casamento com a vítima de crime contra a dignidade sexual. Assim, a única hipótese em que efetivamente poderia haver a emancipação antes dos 16 anos seria no caso de gravidez, quando era autorizado o casamento fora da idade núbil.

Ocorre, porém, que com o advento da **Lei 13.811 de 2019**, o artigo 1.520 do Código Civil de 2002 passou a prever que não será permitido, em qualquer hipótese, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, ou seja, 16 anos. Assim, desapareceram da legislação pátria as hipóteses em que o casamento celebrado antes dos 16 anos importaria na emancipação do adolescente.

**3.** Um jovem, com 16 anos de idade, deseja ser emancipado por seus pais. Se apenas o pai deseja emancipá-lo, essa emancipação poderá produzir efeitos?

➔ Pelo atual ordenamento jurídico, ambos os pais deverão emancipar o filho. A exceção ocorre se o poder familiar estiver sendo exercido exclusivamente pelo pai ou pela mãe, seja porque o outro genitor faleceu ou porque teve destituído seu poder familiar. Nessas hipóteses, o genitor que detém o poder familiar sozinho poderá emancipar o filho. Por outro lado, se existente o outro genitor, mas este se recusar imotivadamente, também poderá ocorrer a emancipação, mas neste caso dependerá de ter sua autorização suprida pelo juiz.

**4.** A aprovação no vestibular acarreta emancipação automática?

➔ Não. Segundo o artigo 5º, parágrafo único, inciso IV, do Código Civil, a causa de emancipação é a colação de grau em curso de nível superior, e não a

simples aprovação. Assim, só há cessação da menoridade no caso de conclusão do curso superior antes dos 18 anos.

**5.** O menor de 18 anos emancipado precisa da autorização dos pais para se casar?

➔ Sendo emancipado, não há que se requerer autorização para o casamento. Isso porque embora a letra da lei dê a entender que a necessidade de autorização para o casamento se dá em razão da menoridade do nubente, fato é que ela se faz necessária em razão de sua incapacidade, e não de sua idade. Assim, atingida a capacidade plena, ainda que pela emancipação, o jovem poderá praticar todos os atos da vida civil, inclusive se casar.

**6.** O que é comoriência?

➔ No fenômeno da comoriência, dois ou mais indivíduos falecem na mesma ocasião, por exemplo em um trágico acidente aéreo, sem que seja possível determinar quem morreu antes de quem. Em razão dessa dificuldade na identificação do momento preciso da morte, o artigo 8º do Código Civil de 2002 presume que ambos morreram ao mesmo tempo, ou seja, simul-taneamente.

**7.** E qual é a repercussão disso para a sucessão? Se é um casal que morre junto, por exemplo.

➔ A indicação do momento da morte é fundamental para saber o momento da abertura da sucessão. E sendo impossível identificar o momento da morte quando verificada a comoriência, isso tem repercussão na sucessão: se não há como saber quem é herdeiro de quem, a lei presume que as mortes foram concomitantes e, logo, desaparece o vínculo sucessório entre ambos. Com isso, um não herda do outro e os bens de cada um passam aos seus respectivos herdeiros.

Exemplificativamente, se marido e mulher morrerem num acidente de carro sem se conseguir demonstrar quem morreu primeiro, serão considerados comorientes e, por via de consequência, não serão herdeiros entre si. Se os consortes deixaram descendentes, receberão estes, com base no artigo 1.829 do Código Civil, sem contemplar o outro comoriente.

## 8. O que se entende por multiparentalidade?

➔ Multiparentalidade significa a possibilidade de se reconhecer, em um mesmo registro de nascimento, a existência de dois pais ou duas mães. Já há precedentes nos Tribunais de Justiça de nosso país reconhecendo, por exemplo, a possibilidade de registro em nome de um pai e duas mães que viviam em relação homoafetiva.

Julgado emblemático sobre o tema é do Tribunal de Justiça de Porto Alegre<sup>1</sup> que, relativizando os princípios da legalidade, da tipicidade e da especialidade que norteiam o tema “registros públicos” e, por outro lado, maximizando princípios como o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade, e, principalmente, a tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, entende ser de rigor o reconhecimento judicial do fenômeno da multiparentalidade.

Embora ainda não se possa dizer ser essa a Jurisprudência do STJ, julgados mais recentes daquela Corte também parecem caminhar para a direção aqui apresentada. Isso porque embora não se tenha enfrentado a matéria diretamente, o STJ já deixou transparecer linha de raciocínio que deverá desaguar na possibilidade, ainda que excepcional, do reconhecimento mais de um vínculo/registro de paternidade ao dizer, por exemplo, que *“a existência de vínculo socioafetivo com o pai registral não impede o acolhimento de pedido investigatório promovido contra o pai biológico”*, uma vez que *“o conhecimento da filiação biológica é direito da personalidade, indisponível, imprescritível e afeto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”*<sup>2</sup>.

## 9. O que se entende por “estelionato do afeto”?

➔ O TJDF<sup>3</sup> já reconheceu direito de a mulher ser indenizada pelo fato de o namorado ter se valido de seu afeto para obter, em nome dela, empréstimo por ele nunca adimplido.

A isso chamou de “estelionato afetivo”, determinando que o “namorado” restituísse à autora os valores referentes aos empréstimos e gastos diversos

1. Apelação Cível Nº 70062692876 (Nº CNJ: 0461850-92.2014.8.21.7000), Comarca de Porto Alegre, Data de Julgamento: 12/02/2015.
2. REsp 1458696/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 20/02/2015.
3. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/setembro/ex-namorado-tera-que-ressarcir-vitima-de201cestelionato-sentimental201d>