

# Volume Único

# Exame da OAB Doutrina Todas as disciplinas – 1ª fase

## DISCIPLINAS

- ✓ Deontologia
- ✓ Direitos Humanos
- ✓ Direito Internacional
- ✓ Direito Constitucional
- ✓ Estatuto da Criança e do Adolescente
- ✓ Direito Administrativo
- ✓ Direito Civil
- ✓ Direito Processual Civil
- ✓ Direito do Consumidor
- ✓ Direito Empresarial
- ✓ Direito Tributário
- ✓ Direito Ambiental
- ✓ Direito Penal
- ✓ Direito Processual Penal
- ✓ Direito do Trabalho
- ✓ Direito Processual do Trabalho
- ✓ Ética e Filosofia do Direito
- ✓ Hermenêutica Jurídica

ORGANIZADORES  
**FLÁVIA CRISTINA**  
**JÚLIO FRANCESCHET**  
**LUCAS PAVIONE**

2021

**13ª**  
edição | Revista  
atualizada  
ampliada

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## 1. NOÇÕES

Para um adequado estudo do Direito Administrativo, é importante termos em mente algumas noções sobre Teoria Geral do Estado, mais precisamente sobre as concepções de **Estado, Governo e Administração Pública**.

## 2. ESTADO

### 2.1 Noções

A palavra “estado” pode assumir variados significados, sendo objeto de disciplina específica no Direito. No presente estudo, nos interessa o estudo do Estado como **sociedade politicamente organizada em determinado território**.

Assim, diz-se que o Estado se caracteriza pela existência de três elementos essenciais: **povo** (elemento humano), **território** (espaço físico onde se estabelece) e **soberania** (reconhecimento e independência na ordem internacional e supremacia interna).

Tem-se, assim, que o Estado é um **ente personalizado** – ou seja, possui personalidade distinta da de seus integrantes –, podendo assumir direitos e obrigações no âmbito interno e externo.

Esse mesmo Estado é ainda responsável pela elaboração de um sistema de normas jurídicas, ao qual também se sujeita, que visam regular as relações sociais, no que ficou conhecido como **Estado de Direito**.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o Estado é fruto da criação humana, com o objetivo de manter pacífica a vida em sociedade e proporcionar o bem-estar geral, regido por um ordenamento jurídico.

### 2.2 Funções ou Poderes Estatais

Visto de maneira **orgânica**, o Estado é composto por **três poderes ou funções: Legislativo, Executivo e o Judiciário**.

Tal concepção baseia-se na teoria da separação ou tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu no século XVIII. Em linhas gerais, Montesquieu apregoava a coexistência harmônica e cooperativa entre os poderes que estruturam o Estado. Este foi o modelo adotado pelos principais regimes democráticos, inclusive o Brasil.

A cada um dos Poderes foi atribuído uma função **típica**: a) o Poder Legislativo exerce a **função legislativa** (possibilidade de elaboração de normas) b) o Poder Judiciário exerce a **função jurisdicional** (aplicação da norma a um caso concreto, com caráter de definitividade) c) o Poder Executivo exerce a chamada **função executiva**, que alguns autores subdividem em **função administrativa e função política**, ambas estudadas nos próximos tópicos.

De modo **atípico**, é possível que um Poder exerça uma função atribuída a outro, como, por exemplo, o julgamento do chefe do Executivo pelo Legislativo nos crimes de responsabilidade (art. 52, I da CF/88). Da mesma forma, a **função administrativa** pode ser exercida atipicamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário como, por exemplo, quando realizam licitação, promovem concursos públicos, concedem licenças a seus servidores etc. Da mesma forma se pode falar da **função política**, que pode ser exercida de forma atípica pelo legislativo (cassação de um parlamentar) e pelo judiciário (algumas decisões internas).

Os princípios da organização do Estado, bem como as diretrizes para uma atuação harmônica entre os Poderes ou Funções são matérias disciplinadas no próprio texto da Constituição.

## 3. GOVERNO

Estreitando um pouco mais o estudo, vimos no tópico anterior que a **função executiva** subdivide-se em **função administrativa e função política**. É desta última função que se extrai a ideia de **governo**. Aliás, alguns doutrinadores tomam as expressões – função política e governo – por sinônimas.

A **função política ou de governo**, assim, se relaciona à administração superior dos interesses do Estado, no plano interno e externo, com elevado grau de discricionariedade política das decisões, conforme parâmetros fixados na Constituição. Exemplos: declaração de guerra, decretação de estado de sítio, celebração de tratados internacionais etc.

No sistema presidencialista, o governo é exercido pelo **Presidente da República**, ao passo que no Parlamentarismo o **Primeiro-Ministro** é quem faz este papel.

## 4. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Ao Direito Administrativo interessa o estudo da **função administrativa**, que “consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio do Tribunal de Contas), atos estes revisíveis pelo Judiciário” (FIGUEIREDO, 2008, p. 34).

Assim, a função administrativa refere-se à atuação ordinária do administrador público na execução das normas jurídicas, visando ao interesse comum. Por ter que andar sempre em conformidade com a lei, a conduta do Administrador será constantemente fiscalizada e, muitas vezes, revista, se em desconformidade com os comandos que deram suporte ao seu agir.

## 5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SENTIDOS

Conforme visto no tópico anterior, o exercício da função administrativa permite que o Estado atue como verdadeiro organizador da vida pública, sempre tendo em mira o atingimento de um interesse público. Daí surge a noção de **administração pública**, que pode ser compreendida nas seguintes acepções (Cf. CARVALHO FILHO, 2008, pp. 9-10):

**A Sentido Objetivo:** a administração pública – grafada com letras minúsculas – representa o próprio

**exercício** da função administrativa pelo Estado, por meio de seus agentes e órgãos. É a própria dinâmica estatal na gestão dos interesses públicos.

**B Sentido Subjetivo:** considera-se, aqui, o **sujeito** da função administrativa. Nesta concepção, a Administração Pública – grafada com letras maiúsculas – representa o conjunto de órgãos, agentes e pessoas jurídicas incumbidos do exercício da **função administrativa**.



**MUITA ATENÇÃO!**

Apesar de ser o Poder Executivo quem exerce tipicamente a função administrativa, é importante salientar que o termo Administração Pública é empregado de maneira ampla, de modo que quando os outros Poderes estiverem no exercício da função administrativa, seus órgãos e agentes também serão considerados integrantes da Administração Pública. Portanto, **Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo**.

## 6. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

O regime jurídico-administrativo representa os princípios e as regras jurídicas que direcionam a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa, impondo-lhe limites ou conferindo-lhe prerrogativas e privilégios no trato com os particulares. Este regime jurídico peculiar sustenta-se, segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2007, p. 52), em dois pilares (chamadas pelo autor de “pedras de toque”), quais sejam, os princípios da **supremacia do interesse público sobre o privado** e da **indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos**, a seguir analisados juntamente com os demais princípios que regem a atuação administrativa.

### EM RESUMO: Estado, Governo e Administração Pública

|                      |   |
|----------------------|---|
| <p><b>ESTADO</b></p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se caracteriza pela existência de três elementos essenciais:               <ul style="list-style-type: none"> <li>➔ <b>Povo</b> (elemento humano)</li> <li>➔ <b>Território</b> (espaço físico onde se estabelece)</li> <li>➔ <b>Soberania</b> (reconhecimento e independência na ordem internacional e supremacia interna).</li> </ul> </li> <li>• <b>Ente personalizado:</b> possui personalidade distinta da de seus integrantes –, podendo assumir direitos e obrigações no âmbito interno e externo.</li> <li>• É composto por <b>três poderes ou funções: Legislativo, Executivo</b> e o <b>Judiciário</b>.</li> <li>• <b>Teoria da separação dos Poderes:</b> proposta por Montesquieu no século XVIII. Apregoava a coexistência harmônica e cooperativa entre os poderes que estruturam o Estado. Este foi o modelo adotado pelos principais regimes democráticos, inclusive o Brasil.</li> <li>• <b>Funções típicas dos Poderes:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>➔ <b>Poder Legislativo</b> – exercer a <b>função legislativa</b> (possibilidade de elaboração de normas);</li> </ul> </li> </ul> |
| <p><b>ESTADO</b></p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>➔ <b>Poder Judiciário</b> – exercer a <b>função jurisdicional</b> (aplicação da norma a um caso concreto, com caráter de definitividade)</li> <li>➔ <b>Poder Executivo</b> – exercer a chamada <b>função executiva</b>, que alguns autores subdividem em: <b>função administrativa e função política</b>.</li> <li>• De modo <b>atípico</b>, é possível que um Poder exerça uma função atribuída a outro.</li> <li>• A <b>função administrativa</b> pode ser exercida <b>atipicamente</b> pelos Poderes Legislativo e Judiciário.</li> <li>• A <b>função política</b>, pode ser exercida de forma atípica pelo legislativo (cassação de um parlamentar) e pelo judiciário (algumas decisões internas).</li> </ul>  |

| EM RESUMO: Estado, Governo e Administração Pública |   |
|--|---|
| <b>GOVERNO</b>                                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• A <b>função política ou de governo</b>, se relaciona à administração superior dos interesses do Estado, no plano interno e externo, com elevado grau de discricionariedade política das decisões, conforme parâmetros fixados na Constituição.</li> <li>• Sistema presidencialista → o governo é exercido pelo <b>Presidente da República</b>.</li> <li>• Parlamentarismo → <b>Primeiro-Ministro</b> é quem faz este papel.</li> </ul>   |
| <b>FUNÇÃO ADMINISTRATIVA</b>                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Refere-se à atuação ordinária do administrador público na execução das normas jurídicas, visando ao interesse comum.</li> <li>• Por ter que andar sempre em conformidade com a lei, a conduta do Administrador será constantemente fiscalizada e, muitas vezes, revista, se em desconformidade com os comandos que deram suporte ao seu agir.</li> </ul>   |
| <b>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SENTIDOS</b>              | <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Sentido Objetivo:</b> a administração pública representa o próprio <b>exercício</b> da função administrativa pelo Estado, por meio de seus agentes e órgãos. É a própria dinâmica estatal na gestão dos interesses públicos.</li> <li>• <b>Sentido Subjetivo:</b> considera-se, aqui, o <b>sujeito</b> da função administrativa. A Administração Pública representa o conjunto de órgãos, agentes e pessoas jurídicas incumbidos do exercício da função administrativa.</li> </ul>  |
| <b>REGIME JURÍDICO – ADMINISTRATIVO</b>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Representa os princípios e as regras jurídicas que direcionam a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa, impondo-lhe limites ou conferindo-lhe prerrogativas e privilégios no trato com os particulares.</li> <li>• Sustenta-se em dois pilares (Segundo Celso A. B. de Mello): <ul style="list-style-type: none"> <li>→ o princípio da <b>supremacia do interesse público sobre o privado;</b></li> <li>→ o princípio da <b>indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.</b></li> </ul> </li> </ul> |

## CAPÍTULO II

# DIREITO ADMINISTRATIVO: CONCEITO, FONTES E PRINCÍPIOS

### 1. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Os primeiros estudos e tentativas de sistematização do Direito Administrativo surgiram na França (logo após a revolução francesa), evoluindo desde então até a forma como o conhecemos hoje.

O conceito de Direito Administrativo é um ponto de grande divergência na doutrina, posto a dificuldade de se fixar o seu objeto de estudo, ora amplo ora restrito.

Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2010, p 47), o Direito Administrativo é “o ramo do **direito público** que tem por objeto os **órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas** que integram a **Administração Pública**, a **atividade jurídica não contenciosa** que exerce e os **bens** de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”.

Conforme dito no capítulo anterior, interessa ao Direito Administrativo o estudo da **função administrativa**.

### 2. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fonte é o lugar de onde algo surge. Assim, fonte do direito é o local de onde este emana.

A doutrina não é unânime quanto às fontes do Direito Administrativo. De um modo geral, podemos enumerar as seguintes fontes:

**A Lei:** a lei é a principal fonte do Direito Administrativo. A expressão “lei” deve ser considerada em **sentido amplo**, incluindo a Constituição Federal (e suas emendas), as leis formais, ou seja, decorrentes de processo legislativo (lei ordinária, lei complementar, lei delegada, decretos legislativos e resoluções), medidas provisórias e normas administrativas regulamentares (decretos, resoluções, portarias etc.);

**B Doutrina:** é o trabalho intelectual dos pensadores sobre determinado tema. No direito administrativo a doutrina teve grande relevância para sua sistematização e evolução. Porém, o tema não é pacífico entre os próprios

doutrinadores, havendo que não a considere fonte do Direito Administrativo.

**C Jurisprudência:** são as decisões reiteradas dos Tribunais Superiores. Atualmente existem as chamadas **súmulas vinculantes** (art. 103-A da CF/88), editadas pelo **Supremo Tribunal Federal**, cujo conteúdo vincula também a Administração Pública.

**D Costumes:** costume é a prática social reiterada de uma conduta, acrescida da convicção geral de obrigatoriedade em sua observância. Não se pode admitir, porém, em Direito Administrativo a invocação de costumes que vão de encontro com a lei (costumes *contra legem*).

Apesar do princípio da legalidade e do caráter formal dos atos da Administração Pública, tem-se aceitado a existência de **fontes escritas e não escritas** para o Direito Administrativo.

### 3. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios são as bases fundamentais de um sistema de normas, que condicionam toda a estruturação de um determinado ramo do Direito. Importante notar que os princípios não precisam estar presentes expressamente na legislação: possuem normatividade e lançam seus efeitos independentemente de positivação.

Para o Direito Administrativo, em razão da ausência de codificação e de sua recente origem, os princípios revestem-se de grande importância, pois auxiliam na compreensão e consolidação de seus institutos.

#### 3.1. Aplicação dos Princípios Administrativos e suas Consequências Práticas

A Lei 13.655/18 inseriu importantes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que dizem respeito, em grande parte, aos princípios administrativos.

Uma das disposições acrescidas (art. 20) apregoa que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O Decreto 9.830/19 conceituou “valores jurídicos abstratos” como sendo “(...) aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração” (art. 3.º, § 1.º).

Dessa forma, não pode um agente praticar um ato baseado no atendimento do “interesse público”, por exemplo, sem demonstrar qualquer correlação da decisão com seus efeitos práticos. A motivação da decisão deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Exemplificando o tema, no XXXI exame de ordem (2020.1), a banca examinadora propôs a seguinte questão: “Otacílio, novo prefeito do Município Kappa, acredita que o controle interno é uma das principais ferramentas da função administrativa, razão pela qual determinou o levantamento de dados nos mais diversos setores da Administração local, a fim de apurar se os atos administrativos até então praticados continham vícios, bem como se ainda atendiam ao interesse público”. Nesta situação, diante do resultado da apuração, Otacílio deverá “indicar, de modo expresse, as consequências jurídicas e administrativas da invalidação de ato administrativo” (alternativa correta apontada pelo gabarito oficial).



O agente não precisa fazer uma análise exaustiva de todas as consequências práticas do ato, mas apenas daquelas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

### 3.2 Princípios Constitucionais Expressos do Direito Administrativo

São princípios constitucionais expressos do Direito Administrativo os previstos no **art. 37, caput da CF/88**, quais sejam **legalidade**, **impeccabilidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência**.



Para memorizar: as letras iniciais dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência formam, nesta ordem, a palavra **LIMPE**.

**A Legalidade:** o princípio da legalidade preceitua que a atuação da Administração está vinculada à observância do disposto na lei em sentido amplo, ou seja, **o administrador somente pode atuar nos limites previstos no ordenamento jurídico**. Enquanto o indivíduo pode fazer aquilo que a lei não veda (legalidade negativa), a Administração Pública somente pode atuar dentro dos limites que a legislação lhe permite (legalidade positiva). Em algumas situações a lei confere maior amplitude de

atuação do administrador no caso concreto, permitindo-lhe agir com alguma liberdade (discrecionalidade), haja vista que seria impossível disciplinar todas as condutas possíveis diante da dinâmica social. Em outras situações, a conduta é **vinculada** ao que está disposto na norma, devendo o agente público cumprir estritamente o comando nela contido.



MUITA ATENÇÃO!

Não confundir **princípio da legalidade** com **princípio da reserva legal**, uma vez que este representa a necessidade de regulamentação de uma determinada matéria por meio de lei. **Ex.:** exercício do direito de greve dos servidores públicos.

? **QUESTÃO:** O princípio da legalidade comporta exceções?

➔ **RESPOSTA:** Sim. Podemos mencionar as seguintes exceções: Estado de defesa e estado de sítio (arts. 136 e 137 da CF/88); Decretos ou regulamentos autônomos (art. 84, VI da CF/88).

**B Impessoalidade:** este princípio admite duas acepções:

**B.1 Quanto à Administração:** estabelece que o ato administrativo é impessoal, ou seja, o ato praticado pelo agente público deve ser atribuído à pessoa jurídica ao qual está vinculado. Essa concepção de impessoalidade leva em consideração a **teoria da imputação**, segundo a qual a atividade administrativa é exercida pelos agentes públicos, mas tal atuação é imputada (atribuída) à Administração Pública. Neste contexto, há uma garantia para o administrado, que sempre poderá cobrar da Administração eventuais prejuízos causados pela atuação de seu agente, desde que no exercício de suas funções. De igual modo, o agente público não poderá tirar proveito desta condição visando à sua autopromoção. Segundo o Supremo Tribunal Federal (RE 191.668, j. 14.04.2008), a vedação de **promoção pessoal**, prevista no art. 37, § 1º, da CF/88, está baseada no princípio da **impessoalidade**. Outro exemplo desta acepção do princípio da impessoalidade é a Lei 6.454/77, que proíbe que se atribua a bem público nome de pessoa viva.

**B.2 Quanto aos administrados:** O administrador tem o dever de agir de forma impessoal, abstrata e genericamente, protegendo sempre o interesse público, nunca atuando em nome do interesse pessoal de um administrado singularmente considerado. Exemplo disso é a necessidade de provimento de cargos públicos por meio de concurso público.

**C Moralidade:** esse princípio traduz a ideia de que o administrador tem que agir com honestidade, probidade, observando os princípios éticos, a lealdade e a boa-fé. O princípio da moralidade ganhou previsão expressa apenas na CF/88.

**D Publicidade:** este princípio visa trazer **transparência** à atuação administrativa, de modo os atos administrativos devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, para lhes propiciar a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Com a publicidade os administrados estão aptos a conhecer como a Administração se porta em sua atuação, verificando-se se esta está agindo em nome do interesse público.



**MUITA ATENÇÃO!**

Em algumas situações a publicidade será mitigada:

- art. 5º, X da CF/88: visa proteger a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas;
- art. 5º, XXXIII da CF/88: tem por finalidade salvaguardar a segurança da sociedade quando estabelece situações que serão protegidas pelo sigilo em razão de sua relevância e;
- art. 5º, LX da CF/88: objetiva proteger a intimidade e o interesse social nos processos judiciais e administrativos.

**E Eficiência:** este princípio ingressou no rol dos princípios mínimos da Administração com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, quando foi inserido no *caput* do art. 37. Mas mesmo antes da alteração já se considerava que o dever de eficiência existia de maneira implícita no texto constitucional.

O princípio da eficiência exige que o administrador aja de modo rápido e preciso, produzindo resultados que satisfaçam as necessidades dos administrados.

Um bom exemplo de atendimento a este princípio foi a publicação da Lei 13.726/2018, que ficou conhecida como Lei da Desburocratização. O art. 1.º informa que o objetivo da lei é racionalizar atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, além de instituir o **Selo de Desburocratização e Simplificação**, destinado a reconhecer e a estimular projetos, programas e práticas que simplifiquem o funcionamento da administração pública e melhorem o atendimento aos usuários dos serviços públicos.

### 3.3 Outros Princípios do Direito Administrativo

De um modo geral, a doutrina considera a existência **princípios implícitos ou reconhecidos** que regem a Administração Pública, cujos principais serão a seguir estudados:

**A Princípio da supremacia do interesse público:** o interesse público deve sobressair-se ao interesse privado, o que confere uma posição de **superioridade** da

Administração no que se refere ao regramento jurídico conferido à sua atuação. Em razão deste princípio a Administração Pública recebe do ordenamento jurídico prerrogativas e privilégios para sua atuação que não são estendidos aos particulares. **Ex.:** desapropriação por utilidade pública. Todavia, este princípio enfrenta pelo menos dois limites, que impedem a atuação arbitrária do administrador: a) direitos e garantias fundamentais; b) princípio da legalidade.

**? QUESTÃO:** O que é considerado interesse público?

**➔ RESPOSTA:** O interesse público divide-se em duas vertentes:

- **Interesse Público Primário:** é o interesse coletivo ampla e abstratamente considerado, que deve ser buscado no exercício da função administrativa.
- **Interesse Público Secundário:** é a vontade do Estado considerado enquanto pessoa jurídica – não necessariamente coincidente com o interesse da coletividade – em busca de suas próprias conveniências.

*O ideal é que haja uma compatibilidade entre os dois interesses, primário e secundário, porém quando existir divergência/conflito entre eles deve haver prevalência do interesse primário.*

**B Princípio da indisponibilidade do interesse público:** preceitua que uma vez caracterizado o interesse público não pode mais a Administração dispor-se dele. Assim, a autoridade administrativa deverá tomar imediatamente as providências cabíveis quando relevantes ao atendimento do interesse público.

**C Princípio da razoabilidade e proporcionalidade:** esses princípios estão previstos expressamente no art. 2º da Lei 9.784/99. Porém, mesmo antes de sua positivação, a jurisprudência já havia se posicionado no sentido de que ambos estão previstos implicitamente no texto da Constituição.

Atuar com **razoabilidade** é agir de forma equilibrada e coerente, seguindo critérios do homem médio, em limites aceitos sob o ponto de vista racional. É também chamado de **princípio da proibição dos excessos**.

O princípio da **proporcionalidade** possui os seguintes elementos essenciais: a) **adequação:** o meio utilizado deve ser compatível com o fim buscado; b) **exigibilidade:** a conduta deve ser necessária, sendo o único meio menos gravoso para alcançar o fim público; c) **proporcionalidade em sentido estrito:** as vantagens têm de superar as desvantagens.

Ressalta-se que as decisões tomadas com ofensa a estes princípios não são apenas inconvenientes, são **ilegais** e **ilegítimas**, posto que ferem a **finalidade da lei** e, como consequência, o princípio da legalidade.



Não há consenso na doutrina quanto à abordagem do significado destes princípios. A jurisprudência – principalmente do STF – não faz diferenciação rigorosa, aplicando-os com certa similaridade, mesma orientação que tem sido adotada pela organizadora do exame de ordem (FGV).

**D Princípio da autotutela:** estabelece que a Administração pode rever os seus próprios atos, seja para anulá-los (se ilegais) ou revogá-los (se inconvenientes ou inoportunos). Neste mesmo sentido, o art. 53, da Lei nº 9.784/99 dispõe que “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. O tema “revogação e anulação do ato administrativo” será rediscutido em capítulo próprio.

**E Princípio da especialidade:** Segundo o art. 37, XIX da Constituição Federal, para que a Administração Pública possa criar entidades, é necessário que exista uma lei que autorize a criação e defina, detalhadamente, as finalidades da nova pessoa jurídica. Assim, ao criar um órgão ou uma entidade, o legislador deve restringir-se aos objetivos definidos pela lei criadora ou autorizadora, ou seja, as pessoas jurídicas e os órgãos públicos estão diretamente vinculados às finalidades para as quais foram criados.

O princípio surge com base na ideia de descentralização administrativa e foi pensado, inicialmente, para as autarquias. Entretanto, é aplicado a todas as pessoas jurídicas e órgãos, cuja criação dependa de lei.

**F Princípio da motivação:** este princípio estabelece que a Administração Pública deve justificar os seus atos, apontando os fundamentos de fato e de direito, bem como a correlação lógica entre os eventos e as providências tomadas. A finalidade é avaliar se o administrador agiu de forma compatível com lei que lhe serviu de fundamento. É também uma garantia para a ampla defesa e para o controle da legalidade dos atos praticados.

Neste aspecto, o parágrafo único do art. 20 da LINDB, incluído pela Lei 13.655/18, estabelece que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”, atrelando a motivação à proporcionalidade, mecanismos essenciais para o controle da atividade administrativa, especialmente da atuação discricionária do administrador. O artigo 21, também inserido pela Lei 13.655/18 e que será analisado mais à frente, vai no mesmo sentido.

O Decreto 9.830/19 estabeleceu que a decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando

cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. Além disso, estabeleceu as seguintes regras (§§ 1.º a 3.º):

- A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.
- A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.
- A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão (motivação *per relationem* ou aliunde).

**G Princípio da segurança jurídica:** É considerado um dos pilares da ordem jurídica, um dos princípios básicos do Estado de Direito, sendo aplicável a outros ramos do Direito. Tem a finalidade de: evitar alterações supervenientes que causem instabilidade social e minorar os efeitos traumáticos de novas disposições, protegendo sempre a estabilidade jurídica. De acordo com o art. 2º, inciso XIII, da Lei 9.784/99, a Administração deve buscar a interpretação da norma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa da nova interpretação.

Um dos objetivos invocados pela Lei 13.655/18 para alterar a LINDB foi prestigiar o primado da segurança jurídica. Neste aspecto, digna de nota a inserção art. 23: “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Além disso, o art. 24, também inserido na LINDB pela Lei 13.355/18, estabeleceu que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado, levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Nos conceitos de orientações gerais estão incluídas as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.



Por fim, vale destacar duas outras previsões inseridas na LINDB pela Lei 13.655/18 e que se relacionam à segurança jurídica: a) Art. 26: permite a **celebração de compromisso** com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, desde que observada a legislação aplicável e presentes **razões de interesse geral**. Para tanto, o órgão jurídico será ouvido, admitindo-se, inclusive, a realização de consulta pública, publicando-se, ao final, o termo de compromisso celebrado para que produza seus efeitos; b) Art. 30: As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, que terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.



MUITA ATENÇÃO!

A **Teoria da Ponderação de Interesses** diz que não há princípio absoluto, assim, todos os princípios do nosso ordenamento jurídico são importantes e devem ser levados em consideração. Dessa forma, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, deve-se ponderar os interesses e verificar qual princípio deve prevalecer.



FIQUE POR DENTRO:

### Princípios Administrativos e vedação ao nepotismo

Um dos grandes avanços dos últimos tempos foi a edição da Súmula Vinculante 13, que possui a seguinte redação: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal". Anteriormente o STF já havia decidido que a nomeação de parentes viola os princípios da **moralidade**, **impessoalidade** e **eficiência** (RE 579951/RN), sendo que estes princípios serviram de base para a edição desta Súmula Vinculante.

#### EM RESUMO: Direito Administrativo: conceito, fontes e princípios

|  |  |
|--|--|
| <p><b>Conceito de direito administrativo</b></p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>O Direito Administrativo é "o ramo do <b>direito público</b> que tem por objeto os <b>órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas</b> que integram a <b>Administração Pública</b>, a <b>atividade jurídica não contenciosa</b> que exerce e os <b>bens</b> de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública". (Maria Sylvia Zanella Di Pietro)</li> </ul>  |
| <p><b>Fontes do direito administrativo</b></p>     | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Lei:</b> é a principal fonte do Direito Administrativo. A expressão "lei" deve ser considerada em <b>sentido amplo</b>, incluindo a Constituição Federal (e suas emendas), as leis formais (lei ordinária, lei complementar, lei delegada, decretos legislativos e resoluções), medidas provisórias e normas administrativas regulamentares (decretos, resoluções, portarias etc.);</li> <li><b>Doutrina:</b> é o trabalho intelectual dos pensadores sobre determinado tema. No direito administrativo a doutrina teve grande relevância para sua sistematização e evolução. Porém, <i>o tema não é pacífico entre os próprios doutrinadores, havendo quem não a considere fonte do Direito Administrativo.</i></li> <li><b>Jurisprudência:</b> são as decisões reiteradas dos Tribunais Superiores. Atualmente existem as chamadas súmulas vinculantes, editadas pelo <b>STF</b>, cujo conteúdo vincula também a Administração Pública.</li> <li><b>Costumes:</b> costume é a prática social reiterada de uma conduta, acrescida da convicção geral de obrigatoriedade em sua observância. Não se pode admitir, porém, em Direito Administrativo a invocação de costumes que vão de encontro com a lei (costumes <i>contra legem</i>). Ou seja, apesar do princípio da legalidade e do caráter formal dos atos da Administração Pública, a doutrina aceita a existência de <b>fontes escritas e não escritas</b> para o Direito Administrativo.</li> </ul> <p>* A doutrina não é unânime quanto às fontes do Direito Administrativo.</p> |
| <p><b>Princípios do direito administrativo</b></p> | <p><b>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO (art. 37, caput da CF/88)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Legalidade:</b> a atuação da Administração está vinculada à observância do disposto na lei em sentido amplo, ou seja, <b>o administrador somente pode atuar nos limites previstos no ordenamento jurídico.</b></li> <li><b>Impessoalidade:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Quanto à Administração</b> – o ato administrativo é impessoal, ou seja, o ato praticado pelo agente público deve ser atribuído à pessoa jurídica ao qual está vinculado. Essa concepção de impessoalidade leva em consideração a <b>teoria da imputação</b>, segundo a qual a atividade administrativa é exercida pelos agentes públicos, mas tal atuação é imputada (atribuída) à Administração Pública.</li> <li><b>Quanto aos administrados</b> – o administrador tem o dever de agir de forma impessoal, abstrata e genericamente, protegendo sempre o interesse público, nunca atuando em nome do interesse pessoal de um administrado singularmente considerado.</li> </ul> </li> </ul>  |

## EM RESUMO: Direito Administrativo: conceito, fontes e princípios

Princípios  
do direito  
administrativo

- **Moralidade:** o administrador tem que agir com honestidade, probidade, observando os princípios éticos, a lealdade e a boa-fé. Este princípio ganhou previsão expressa apenas na CF/88.
- **Publicidade:** visa trazer **transparência** à atuação administrativa, de modo que os atos administrativos devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, para lhes propiciar a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos.

*\*\*Situações em que a publicidade será mitigada: art. 5º, incisos X, XXXIII e LX da CF/88.*

- **Eficiência:** exige que o administrador aja de modo rápido e preciso, produzindo resultados que satisfaçam as necessidades dos administrados.

## OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

- **Princípio da indisponibilidade do interesse público:** preceitua que uma vez caracterizado o interesse público não pode mais a Administração dispor-se dele.
- **Princípio da razoabilidade e proporcionalidade:** previstos expressamente no art. 2º da Lei 9.784/99. **Razoabilidade** é agir de forma equilibrada e coerente, seguindo critérios do homem médio, em limites aceitos sob o ponto de vista racional. O princípio da **proporcionalidade** possui os seguintes elementos essenciais: a) **adequação:** o meio utilizado deve ser compatível com o fim buscado; b) **exigibilidade:** a conduta deve ser necessária, sendo o único meio menos gravoso para alcançar o fim público; c) **proporcionalidade em sentido estrito:** as vantagens têm de superar as desvantagens.
- **Princípio da autotutela:** estabelece que a Administração pode rever os seus próprios atos, seja para anulá-los (se ilegais) ou revogá-los (se inconvenientes ou inoportunos).
- **Princípio da especialidade:** Segundo o art. 37, XIX da CF/88, para que a Administração Pública possa criar entidades, é necessário que exista uma lei que autorize a criação e defina, detalhadamente, as finalidades da nova pessoa jurídica. Assim, ao criar um órgão ou uma entidade, o legislador deve restringir-se aos objetivos definidos pela lei criadora ou autorizadora, ou seja, as pessoas jurídicas e os órgãos públicos estão diretamente vinculados às finalidades para as quais foram criados.
- **Princípio da motivação:** este princípio estabelece que a Administração Pública deve justificar os seus atos, apontando os fundamentos de fato e de direito, bem como a correlação lógica entre os eventos e as providências tomadas.
- **Princípio da segurança jurídica:** tem a finalidade de: evitar alterações supervenientes que causem instabilidade social e minorar os efeitos traumáticos de novas disposições, protegendo sempre a estabilidade jurídica.

# CAPÍTULO III

## PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 1. NOÇÕES

“A doutrina costuma afirmar que certas prerrogativas postas à Administração encerram verdadeiros poderes, que são irrenunciáveis e devem ser exercidos sempre que o interesse público clamar. Por tal razão são chamados poder-dever” (extraído de questão do **exame unificado set./10**).

Os poderes administrativos são, assim, prerrogativas especiais e instrumentos que o ordenamento jurídico confere ao Estado para que este cumpra suas finalidades institucionais na busca e alcance do interesse público.



**MUITA ATENÇÃO!**

Não confundir poderes administrativos com **poderes políticos** (Legislativo, Executivo e Judiciário), posto que aqueles são poderes instrumentais e estes são poderes estruturais, referindo-se à própria estrutura do Estado estabelecida pela CF/88.

### 2. CARACTERÍSTICAS DOS PODERES ADMINISTRATIVOS

Podemos enumerar as seguintes características dos poderes administrativos:

**2.1 Instrumentalidade:** como acima mencionado os poderes administrativos são instrumentos colocados à disposição da Administração para que esta atinja seus fins institucionais, na busca e alcance no interesse público.

**2.2 Poder-dever:** os poderes da Administração são dotados de um caráter compulsório, ou seja, não tem o administrador a faculdade de exercer ou não os poderes colocados a sua disposição, devendo sempre deles se utilizar.

**2.3 Irrenunciabilidade:** essa característica decorre da natureza compulsória dos poderes, e estabelece que o administrador não pode renunciar suas prerrogativas face ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

**2.4 Exercício nos limites da lei:** em decorrência do princípio da legalidade os poderes administrativos devem ser exercidos e utilizados de acordo com que prevê o ordenamento jurídico.

**2.5 Responsabilização do administrador:** todos os atos praticados com abuso de poder e em desrespeito a lei são ilegais, gerando a responsabilização do administrador tanto em sua atuação comissiva ou omissiva.

### 3. CLASSIFICAÇÃO DOS PODERES ADMINISTRATIVOS

No quadro abaixo, trazemos um pequeno resumo das classificações doutrinárias mais recorrentes sobre o tema Poderes Administrativos:

|                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| <b>Quanto à margem de liberdade</b> | a) vinculado;<br>b) discricionário.   |
| <b>Quanto às espécies</b>           | a) hierárquico;<br>b) disciplinar;<br>c) regulamentar ou normativo;<br>d) de <b>polícia</b> . |

### 4. PODER VINCULADO

Conforme a liberdade de atuação e decisão que se dê ao agente, os **poderes administrativos** podem ser **vinculados** ou **discricionários**.

No exercício do **poder vinculado**, a lei tipifica objetiva e claramente a situação em que o agente deve agir e o comportamento a ser tomado. Preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a agir de acordo com o previamente definido em lei. Nestes atos todos os elementos ou requisitos do ato administrativo praticado são **vinculados**, o que permite que o ato seja objeto de controle de legalidade por parte do Judiciário.

### 5. PODER DISCRICIONÁRIO

Em contraposição à categoria anterior, o exercício do **poder discricionário** permite uma margem de liberdade ao administrador, que exercerá um juízo de valor segundo critérios de **conveniência** e **oportunidade** (**mérito administrativo**), dentro dos limites definidos pela lei, avaliando a situação e escolhendo o melhor comportamento a ser

tomado dentre os que são legalmente possíveis e que melhor atenda ao interesse público buscado. O poder discricionário é necessário porque seria impossível que o legislador previsse todas as situações possíveis para os diversos comportamentos administrativos.

O poder discricionário manifesta-se principalmente nas seguintes situações: a) quando estiver diante de conceitos valorativos estabelecidos pela lei, que dependem de concretização pelas escolhas do agente, considerados o momento histórico e social (extraído de questão do **exame unificado de set/10**); b) diante de **conceitos legais e jurídicos técnico-científicos**, sendo, neste caso, limitado às escolhas técnicas possíveis.

**? QUESTÃO:** O que significa intangibilidade do mérito administrativo?

**➔ RESPOSTA:** *O princípio da intangibilidade ou insinducibilidade do mérito administrativo significa que o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo agente quando da prática de um ato discricionário não pode ser alterado pelo Poder Judiciário, salvo se padecer de vício de legalidade. Não pode, assim, o juiz substituir-se ao administrador na prática de um ato discricionário para decidir qual seria a conduta mais adequada a ser tomada, sob pena de violação ao princípio da separação entre os Poderes.*

## 6. PODER HIERÁRQUICO

**6.1 Conceito:** prerrogativa que tem o Estado de organizar sua estrutura, escalonando e definindo funções de seus órgãos, bem como fiscalizar, ordenar e rever a atuação de seus agentes, através do estabelecimento de relações de hierarquia e subordinação entre aqueles que integram o seu quadro de pessoal. Podemos afirmar, assim, que “o poder hierárquico é inerente à ideia de verticalização administrativa, e revela as possibilidades de controlar atividades, delegar competência, avocar competências delegáveis e invalidar atos, dentre outros” (extraído do **exame unificado set/10**).

### 6.2 Características:

**A Edição de Atos Normativos Internos:** o superior hierárquico pode editar atos normativos dirigidos aos agentes subordinados, cujo principal objetivo é organização da atuação administrativa. São as resoluções, portarias, ordens de serviço etc.

**B Dar ordens (poder de comando):** em decorrência do poder hierárquico atribui-se ao superior hierárquico a prerrogativa de dar ordens diretas, verbais ou escritas, aos seus subordinados com o objetivo de garantir o adequado funcionamento dos serviços. No outro lado, os subordinados devem acatar e cumprir as ordens de seus superiores hierárquicos, **salvo se manifestamente**

**ilegais.** No XXIV Exame de Ordem (nov/2017), a banca examinadora propôs o seguinte problema: “João foi aprovado em concurso público promovido pelo Estado Alfa para o cargo de analista de políticas públicas, tendo tomado posse no cargo, na classe inicial da respectiva carreira. Ocorre que João é uma pessoa proativa e teve, como gestor, excelentes experiências na iniciativa privada. Em razão disso, ele decidiu que não deveria cumprir os comandos determinados por agentes superiores na estrutura administrativa, porque ele as considerava contrárias ao princípio da eficiência, apesar de serem ordens legais”. A alternativa apontada como correta apontou que “João tem dever de obediência às ordens legais de seus superiores, em razão da relação de subordinação decorrente do poder hierárquico”.

**C Fiscalização e controle:** também denominado como fiscalização hierárquica, é a prerrogativa conferida ao superior hierárquico de fiscalizar e revisar os atos praticados por seus subordinados, o que pode resultar na anulação, revogação ou convalidação de tais atos.

**D Delegação e avocação:** em regra, a competência é indelegável. Porém, em determinadas situações o legislador admite a delegação ou avocação de competências.

Conceitua-se **delegação** como o ato discricionário, revogável a qualquer tempo, mediante o qual um agente ou órgão confere o exercício temporário de parte de suas atribuições a outro agente ou órgão, ainda que não sejam hierarquicamente subordinados, em razão de circunstâncias de índole **técnica, social, econômica, jurídica** ou **territorial** (art. 12 da Lei 9.784/99). A autoridade delegante continua competente cumulativamente com o delegado para a prática do ato. Tratando-se a delegação de ato discricionário, poderá ser **revogada** a qualquer tempo por quem delegou a competência (art. 14, § 2º). A publicação do ato de delegação, bem como sua revogação, é obrigatória (art. 14, da Lei 9.784/99), devendo o ato de delegação especificar as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.



**MUITA ATENÇÃO!**

De acordo com o art. 13, da Lei 9.784/99, não podem ser objeto de delegação as seguintes matérias: a) a edição de atos de caráter normativo; b) a decisão de recursos administrativos; c) as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Já **avocação** é o ato discricionário mediante o qual o superior hierárquico traz para si, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, o exercício temporário de determinada competência atribuída por lei a um subordinado seu (art. 15 da Lei 9.784/99).

**DIREITO  
CIVIL**  
WAGNER INÁCIO DIAS

## CAPÍTULO PRELIMINAR

# ANÁLISE BÁSICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

### 1. NOÇÕES

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/42) trata da aplicabilidade das normas no Brasil, contendo disposições de **natureza material interna** e de **natureza de Direito Internacional Privado**. Desde 1998, com o advento da Lei Complementar 95 (e as alterações promovidas pela LC 107/01), deve-se atentar que a matéria de vigência e estruturação de normas foi modificada.

### 2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS

**A** A norma pode iniciar a produção de efeitos de forma **imediate** ou **aguardar prazo**, em *vacatio legis*, para que seus destinatários possam conhecer dela o conteúdo e se adequar às determinações. **Para que tenha vigência imediata é necessário que o corpo da lei regulamente expressamente tal situação** (esta lei entre em vigor na data da sua publicação). Do mesmo modo, **poderá dispor o legislador que a norma-regra entre em vigor em prazo diferente**, bastando que se assinala qual a duração deste, no texto da lei (esta lei entra em vigor 120 após sua publicação). O Código Civil aguardou um ano antes de entrar em vigor.

Não havendo prazo fixado na lei, a *vacatio* será de **45** (quarenta e cinco) dias, dentro do território nacional e, nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada. Silvio Rodrigues recorda que a *vacatio legis* é o intervalo entre a data da publicação da lei e a de sua entrada em vigor (2000: 19). A lei no tempo e sua estruturação serão aprofundadas à frente.

**B** Os prazos assinalados em uma norma para seu início de vigência **incluem o dia de início** e **o dia de término**, passando a lei a ter plena vigência no dia subsequente ao do cômputo total do prazo.

O **Exame Unificado de Julho de 2011** trouxe interessante questão envolvendo o conhecimento da contagem do prazo de vigência, em que era solicitado ao candidato supor “que tenha sido publicada no Diário Oficial da União, do dia 26 de abril de 2011 (terça-feira), uma lei federal, com o seguinte teor: “Lei GTI, de 25 de abril de 2011. Define o alcance dos direitos da personalidade previstos no Código Civil. O Presidente da República... Faça saber que

o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º: Os direitos da personalidade previstos no Código Civil aplicáveis aos nascituros são estendidos aos embriões laboratoriais (in vitro), ainda não implantados no corpo humano. Art. 2º: Esta lei entra em vigor no prazo de 45 dias. Brasília, 25 de abril 2011, 190º da Independência da República e 123º da República”. Indagava como deveria ser contado o prazo e apresenta como resposta correta “pela inclusão da data de publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, passando a vigorar no dia 10/06/2011.”

**C** A repristinação tácita é vedada no sistema nacional, pois a revogação de uma lei que revogou outra norma não faz desta última vigente novamente. Se a lei A revogou a lei B o surgimento da lei C que revoga B, não retoma a vigência de A.

Atente-se que é possível a **repristinação expressa**, pois uma lei pode determinar que outra, já revogada, tenha, novamente, efeitos.

**D** Da norma que foi retirada por **completo** do sistema legal se diz **ab-rogada**; da que teve apenas **parcialmente** seu conteúdo normativo revogado se diz **derrogada**. Esta temática foi abordada pelo **Exame Unificado de Junho de 2010**, que indagou o candidato acerca de “vigência, eficácia e interpretação da lei”, apresentando como resposta correta a alternativa que dizia “*derrogação torna sem efeito uma parte de determinada norma, não perdendo esta sua vigência*”.

| Teorias sobre o direito subjetivo |  |  |   |
|-----------------------------------|--|--|---|
|                                   | Teoria                                 | Características  | Limitações ou contrapontos  |
| <b>Teorias afirmativas</b>        | <i>Da vontade</i><br><i>Windscheid</i> | Entende que o direito subjetivo se estrutura a partir da possibilidade dada pelo ordenamento jurídico para que determinada pessoa possa QUERER agir, submetendo o sistema à sua vontade. | Falha ao esquecer que há pessoas que detêm direitos subjetivos, mas não podem exprimir ou mesmo estruturar sua vontade (como alguns dos absolutamente incapazes). |

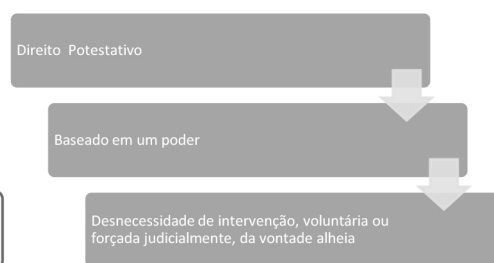
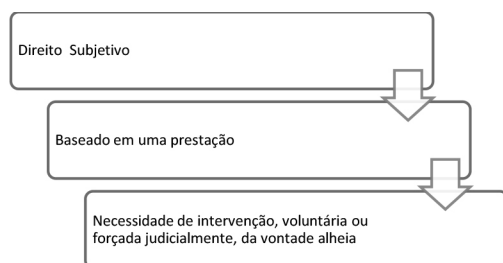
|                     |   |   |  |
|---------------------|---|---|--|
| Teorias afirmativas | Do interesse<br>Ihering                             | Nesta teoria o direito subjetivo se concebe como um interesse juridicamente tutelado ou protegido.  | Direitos há que não podem ser concebidos dentro da limitada noção de interesse (visto que o titular os tem mesmo contra o seu interesse – como a condição de incapaz) e de outro lado há interesses que não são tutelados (como o que deseja ser proprietário, legalmente, de substâncias entorpecentes ilícitas). |
|                     | Mista<br>Ruggiero<br>Jellinek<br>Michoud<br>Ferrara | Aqui se reúne a disposição do sistema em proteger o interesse e a vontade do agente em realizá-lo.  | Na visão de Caio Mário, por conjugar ação, interesse e submissão ao direito subjetivo, apresenta o melhor conjunto de componentes.   |
| Teorias negativas   | Duguit  | Substitui o conceito de direito subjetivo pelo de situação jurídica. Nas situações jurídicas, diferencia as que são gerais e permanentes (como o parentesco entre pai e filho, que asseguram aos titulares um conjunto de prerrogativas) e as que são especiais e temporárias (como as decorrentes de um contrato). Esta teoria apenas substitui o conceito, mantendo os problemas, visto que não apresenta o real fundamento para solucionar a dúvida. |  |

|  |        |   |
|--|--------|---|
|  | Kelsen | Seguindo sua visão de um sistema fechado e completo, o autor compreende que o direito subjetivo nada mais é do que o direito objetivo, a norma jurídica vista do comportamento por ela determinado. |
|--|--------|---|

Seguindo ainda pelo direito subjetivo, vê-se a terminologia *facultas* (de origem latina), significa capacidade, possibilidade, como bem explica o *Dicionário Jurídico Acquaviva*<sup>1</sup>, “no direito, a *faculdade* é a capacidade fática de assumir ou não uma conduta (...) quando o exercício de uma *faculdade* é autorizado, explícita ou implicitamente, pela lei, configura-se o direito subjetivo”. De outro lado, há certos direitos que não são apenas uma *faculdade* de agir, mas sim o poder efetivo de fazer submeter a esfera pessoal alheia aos nossos desejos. Isto é fundamental para que se compreenda a diferença entre o direito subjetivo e o direito potestativo.

Enquanto o subjetivo determina-se sempre sobre um sujeito, especificando o poder de uma pessoa sobre a esfera jurídica de outra (como nas obrigações de dar, fazer e não fazer) o direito potestativo, que se faz realizar sem a necessidade de submissão da esfera alheia, concretizando-se a partir da simples vontade do agente (sendo ou não necessária a intervenção do Estado-juiz). Tenha como exemplo o direito de obter o divórcio (seja judicial ou extrajudicialmente). Não há imposição de obrigação de conduta à outra parte, mas sim simples utilização de um poder, um direito que não necessita da vontade de terceiro (podendo esta estar ou não presente). Da mesma classe é o direito de divisão de coisa comum, que é exercido quando um dos condôminos (coproprietário de coisa comum) deseja o fim do condomínio, efetuando-se o fracionamento jurídico da coisa.

CC, Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão. (...)



## Fontes do Direito

O Direito, como ciência que é, necessita de fontes que além de viabilizarem sua criação (**fontes de produção**), sejam meios de se fazer conhecer, canais para escoar o que foi produzido (**fontes de cognição**). Esta visão, baseada

nas lições de Carlos Cossio<sup>2</sup>, jurista argentino de grande relevo para o direito mundial, exprime a importância de que as normas cheguem até o sujeito, podendo, assim, determinar condutas (ponto este fundamental da sua

1. Verbete *Faculdade*. p.399.

2. Para mais informações, leia DINIZ, Maria Helena. op. Cit. pp.284 e ss.

**Teoria Ecológica**, que coloca conduta como o elemento basilar do Direito).

Pode-se ainda, com Caio Mário<sup>3</sup>, **definir** fonte de direito como o “meio técnico de realização do direito objetivo”. Alinhando este pensamento ao fato de que o direito brasileiro segue, ainda e essencialmente, o **civil law** (sistema europeu-continental em que a lei é a fonte primária) percebe-se que a **norma escrita**, conformada em lei, **é a fonte de Direito por excelência**. Contudo, gradativamente caminha-se para um sistema em que a **common law** (sistema europeu-insular, de origem bretã, em que o precedente julgado é fonte de grande relevância) ganha destaque como se pode notar nas **súmulas impeditivas de recurso** (CPC, art. 1.011, II c/c 932, IV) e, com mais força, nas **Súmulas Vinculantes** (CF, art. 103-A). Estas novas experiências, frutos de avanços da última década, sinalizam que em um futuro (talvez próximo) o Direito será estabelecido, **em tema de sua fonte primária (principal fonte)**, através de um **equilíbrio entre a lei e os precedentes judiciais**.

As fontes do Direito, na atualidade, podem se apresentar em **três** classes: as **materiais**, as **formais** e as **não-formais**.

**Materiais** são as fontes que trazem clara a estrutura fática do Direito, a sua base sociológica. Já de longa data se entende que *ex facto ius oritur* (do fato se origina o Direito), e desta forma é necessário compreender que a gama legislativa de um país, além de seu caminho interpretativo, advém da base social que precede o próprio Direito. Há um substrato fático sobre o qual se apoia todo o direito. Assim, quando se cria o Direito, este encontra base em todo o conjunto de elementos sociais que estruturam o pensamento dos viventes em determinado lugar e tempo.

Assim, do texto ao intérprete, o Direito está fundado em fontes materiais, como as **históricas, filosóficas, sociológicas** etc. Não apenas o Direito nasce de uma estrutura sociológica, mas a influência social permeia todo sistema dando a ele um fundamento de interpretação e aplicação.

Seguindo na análise das fontes, chega-se às **fontes formais**, estruturadas no art. 4º da LINDB, seguindo excelente divisão de Carlos Roberto Gonçalves:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Este artigo determina que o magistrado não pode se furtar de solucionar a lide a ele apresentada, dando

suporte aos princípios **da proibição do non liquet** (CPC, art. 140) e da **inafastabilidade – ou indeclinabilidade – da apreciação jurisdicional** (CF, art. 5º, XXXV). Não pode, portanto, o magistrado deixar de julgar sob a alegação de que a lei não está clara ou não contempla o caso, devendo valer-se das demais fontes para apresentar uma solução. O rol apresentado, deve ser acrescido pela equidade, pois, “na linha, ainda, da generalização dos princípios jurídicos, coloca-se equidade(...)”.<sup>4</sup> **Contudo, ela não se apresenta como um método de integração, mas sim como um sistema de apoio, quando autorizado por lei, para a decisão do magistrado.**

#### Non liquet

Esta expressão de origem latina, que pode ser traduzida como “o que não está claro” é a base do princípio de igual nome que impede ao magistrado escusar-se de julgar alegando que não há regra ou que a disposição legal não é clara. Conforme art. 140 do CPC: Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

**Fontes formais** seriam, então: a **lei** (fonte formal por excelência, também denominada fonte principal ou direta), a **analogia**, os **costumes** e os **princípios gerais do Direito** (estas denominadas acessórias ou indiretas), acrescentando-se ao rol, conforme lição de Caio Mário, a **equidade**. **Frise-se que o atual sistema jurídico brasileiro ainda se encontra profundamente atrelado à Lei como sua principal fonte**. Contudo, mesmo que de forma lenta, a força do precedente judicial, do “já decidido”, vem ganhando espaço, não apenas através das Súmulas Vinculantes e Súmulas impeditivas de recurso, como também por um maior apelo hermenêutico para causas não tipificadas na lei (como as ações de indenização por abandono afetivo). A permeabilidade do sistema está diretamente ligada ao fato de ser ele um **sistema aberto**, que reconhece e aceita elementos que lhe **sejam externos** para manter-se **atual e aplicável**. Desta forma, o “além da lei” vem se tornando, cada vez mais, usual e caminho para que eventuais injustiças legalísticas sejam sanadas. Esta situação, que pode se desencadear em pernicioso ativismo jurisdicional é tema de profundo debate na atualidade.

Sendo este sistema aberto, tem-se uma aparência de lacunas ou vazios legais, que podem ser supridos por **meios interpretativos e integrativos** (LINDB, art. 4º), pois, como recorda Maria Helena Diniz, “em caso de lacuna, o juiz deverá constatar, na própria legislação, se há semelhança entre fatos diferentes, fazendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepõe às diferenças. E se não encontrar casos análogos, deve recorrer ao costume e ao princípio geral de direito; não podendo contar com

3 Instituições de Direito Civil. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.55 (718).

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v.1. p.76.



essas alternativas, é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da equidade<sup>5</sup>. Estes fundamentos, assim, são encontrados nas fontes formais já mencionadas (analogia, no costume e nos princípios gerais) e na equidade.

A função deles é desvendar o **sentido da norma-regra**, quando esta não se apresenta clara, quando há contradição entre disposições ou quando o legislador não dispôs de forma direta sobre o caso. Assim, havendo todo este aparato para a solução das lacunas e conflitos, pode-se afirmar que o sistema jurídico não apresenta lacunas reais, mas sim virtuais, pois com a aplicação dos mecanismos de solução o magistrado terá a possibilidade de, sempre, apaziguar o meio social com a manifestação do judiciário (retrato do princípio do *non liquet*, já mencionado), assim também, deve-se falar em conflito aparente de normas, vistos que a solução para a aplicação encontra-se no próprio sistema legal, pelos elementos de integração.

Antes que se possa passar à análise de cada um destes elementos, necessário compreender o que se tem por “sistema jurídico”. Vale recordar a lição de PERLINGIERI, ao afirmar que *por sistema jurídico entende-se a percepção do conjunto das fontes dentro de um esquema conceptual que, por um lado, represente o sentido profundo de cada norma através de suas conexões com outras e das conexões destas com os princípios; por outro, que exprima a unidade entre a construção jurídica e sua aplicabilidade social, através da radicação do direito na cultura entendida em sentido amplo*<sup>6</sup>. A partir deste conceito, tem-se claro que a função precípua de um sistema é revelar o **sentido** da norma, logrando isto por dar ao todo uma estrutura de **unidade**. Compreendido isto, passam-se em revista os **elementos de integração da lei**.

| Elementos de integração da lei. |  |
|---------------------------------|--|
| <b>Analogia</b>                 | Método de integração do sistema, que visa a aplicação de uma regra a uma situação por ela não prevista diretamente, em razão da similaridade básica entre as situações fáticas. Como bem lembra Tércio Sampaio, existem duas formas de analogia: <b>a) legis</b> – quando se parte de um preceito legal para aplicá-lo a um caso não previsto; <b>b) iuris</b> – quando se têm vários preceitos que, juntando-se os princípios que os inspiram, são utilizados para a criação de uma nova norma aplicável ao caso. |

|                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| <b>Costumes</b>                     | Conjunto de práticas reiteradas na sociedade, derivadas do que os Romanos chamavam de <i>more</i> , <b>uma conduta generalizada e dotada de força cogente social</b> . O costume deve reunir duas qualidades, (a) a repetição da conduta pela sociedade e (b) a compreensão de que esta conduta se faz necessária, obrigatória. Pode ser <b><i>praeter legem</i></b> (quando disciplina matéria ainda não regulada em lei), <b><i>secundum legem</i></b> (quando suas disposições são coincidentes com as da lei) e <b><i>contra legem</i></b> (que dispõe contrariamente ao que regula a lei, não sendo aceito, por maioria doutrinária, no Brasil).<br>O costume pode também estar referenciado pela própria lei, como um elemento integrador, como no art. 596, do Código Civil.  |
| <b>Princípios gerais do Direito</b> | O sistema, partindo de um repertório base composto pelas normas, <b>necessita de elementos de conexão que deem a ele a noção de inteireza</b> . Estes elementos, nascidos da concepção lógica do ser humano são os princípios gerais de direito.   |
| <b>Equidade</b>                     | <b>Apesar de repudiada, por parte da doutrina, a equidade deve ser considerada, conforme lições de Caio Mário e Maria Helena Diniz, um método de integração, mesmo de não constar do art. 4º da LINDB.</b><br>A ideia de que <i>dura lex sed lex</i> (a lei é dura, mas é a lei – dura lei, mas lei), aplicação rígida e fria da lei, pode levar a injustiças absurdas. Desconsiderar a plausibilidade, a temperança, e o bom senso, tanto na interpretação quando na aplicação (desde que autorizado o uso em lei), pode levar o caso a decisões que neguem o próprio sentido de justiça.<br>Desta forma, a equidade é a autorização legal para que o magistrado, de forma ampla ou mais restrita, possa utilizar seu bom senso, sua experiência e sagacidade para apresentar a melhor solução para o caso, como bem prevê o art. 127 do CPC (Em um sentido muito amplo, equivale a decidir com justiça, decidir com equidade).<br>Apesar de não ser considerada como meio supletivo de lacuna da lei, como bem recorda Carlos Roberto Gonçalves <sup>7</sup> , deve-se ter claro que a equidade, sendo parte da atuação decisória do magistrado, concretizando o sentido da lei, deve ser tratada, como meio de integração.<br>Apresenta duas espécies: a) <b>equidade legal</b> – quando a lei autoriza que o juiz escolha dentre possibilidades legalmente previstas; b) <b>equidade judicial</b> – estampada, como exemplo, pelo art. 1.740, II do CC, ocorre quando a lei autoriza que o juiz faça uso de seu bom alvitre (na letra do artigo, “como houver por bem”). |

5 DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. p.474.

6 Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp 57-58.

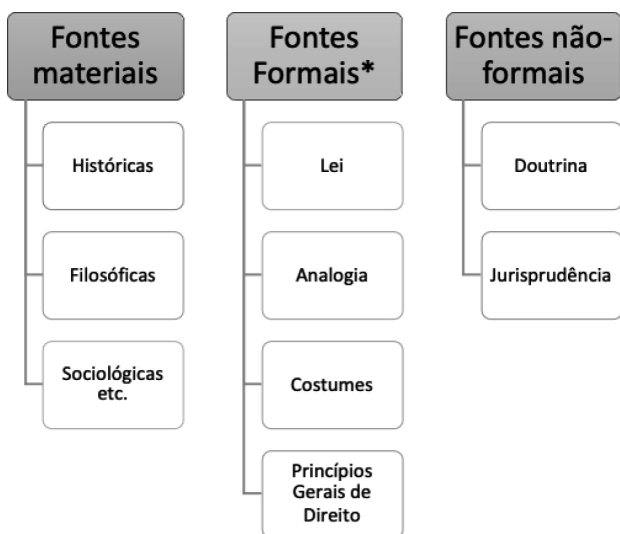
7 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado. V.1 p.76.

Ainda em sua missão de concretizar o Direito, o magistrado deve buscar atender aos fins sociais que a norma almeja e ter como objetivo o bem comum (LINDB, art. 5º). Isto não faz do magistrado um “vingador escarlate” que, deixando de lado a letra da lei, aplica o direito que lhe aprouver. Pelo contrário, o que está a lei a autorizar (e, na realidade, necessita) é que se faça uso da riqueza de suas fontes, viabilizando a construção do melhor desfecho para o caso concreto.

Por fim, **doutrina e jurisprudência são fontes não-formais**. Atente-se para a clara diferença entre fontes não-formais e fontes materiais. Enquanto estas são externas ao mundo jurídico, promanando efeitos sobre ele, aquelas são categorias jurídicas que representam a compreensão dos doutos ou dos magistrados acerca da norma. Portanto, fontes não-formais encontram-se em um processo de **autopoiesis**, **autoconstrução**, para com todo o sistema jurídico, de dentro dele criam influência sobre ele próprio.

Neste ponto vale destacar que Caio Mário compreende que a jurisprudência é fonte **informativa ou intelectual** (op cit. p.58). Nas palavras do eterno mestre civilista, “*não negamos à jurisprudência o valor de fonte informativa ou intelectual do direito. Na sua função específica, os tribunais, aplicando e interpretando a lei, vivificam-na e adaptam-na às transformações econômicas e sociais*”.

Esquemáticamente, apresenta-se um **quadro de fontes**:



\*A equidade, apesar de não estar listada no art. 4º da LINDB tem função de integração da lei, similar à desenvolvida pelas demais fontes formais.

Por fim, retomando o estudo da **lei como fonte formal primordial**, percebe-se que ela tem duas características fundamentais: a **generalidade** e a **imperatividade** (a doutrina diverge na existência de outras, mas estas

duas são constantes). **Geral**, por que não pode conter preceitos individualistas, devendo se direcionar à coletividade. Mesmo leis que regulem questões profissionais ou pontuais, referem-se à sociedade como um todo, pois todos devem a ela respeito e são por ela afetados. De outro lado, a lei contém um **imperativo** (condicional ou não) que impõe, determina uma conduta, seja ela positiva ou negativa.

### O cumprimento da lei

Dois pontos da LINDB dão destaque à temática do cumprimento das leis, ou seja, na **necessidade de observação de suas determinações**.

O **primeiro** deles, cria a **regra geral de que não se pode alegar a ignorância da lei para justificar seu descumprimento** (princípio da obrigatoriedade das leis). Isto dá destaque para a diferenciação entre o **erro de fato e o erro de direito**.

O erro que envolve as circunstâncias fáticas de um acontecimento e é reconhecido em nosso sistema, **é o erro de fato**, que se pode ver, a título de exemplo, no erro enquanto vício do consentimento. Quando A realiza negócio em razão de compreensão errônea de elementos essenciais (a potência do motor do automóvel, por exemplo) do bem ou fato envolvido, será possível a anulação do negócio realizado. Trata-se de erro de fato, erro em relação às circunstâncias fática que envolvem o negócio jurídico.

Já o **erro de direito**, refutado enquanto meio de excusa pelo art. 3º da LINDB, seria o **desconhecimento ou a má-compreensão de uma regra legal**. Em busca da estabilidade das relações e da segurança jurídica, o sistema jurídico impõe presunção de conhecimento sobre os conteúdos legais. Contudo, **abre exceções**, como bem se pode ver em situações que envolvam **credor putativo** (em que o Direito reconhece o pagamento feito a quem não é credor, mesmo que este fato se dê em razão de uma não compreensão da lei – como aquele que paga ao herdeiro quando deveria pagar ao espólio), **casamento putativo** (quando se casa entendendo que determinada situação não é óbice à validade do matrimônio, e, na realidade, é), dentre outros.

Além disso, o art. 139, III do Código Civil dá ao **erro de direito** a capacidade de invalidar o negócio jurídico, sendo necessário que seja, ao mesmo tempo, o **(I)** motivo único ou principal do negócio e **(II)** não seja meio de desobediência à lei. Como exemplo de erro de direito pode-se apresentar o julgado do TJSP (25ª Câmara de Direito Privado), na Apelação 990092528149, publicado em 02.08.2010:

*CADERNETA DE POUPANÇA. Ação de condenação a diferenças de correção monetária, relativamente aos planos econômicos de 1989, 1990 e 1991. Responsabilidade da instituição financeira depositária reconhecida. Ofensa ao princípio da irretroatividade das leis e medida provisória não referendada que tornam devido o direito do autor. Erro de direito inescusável. Procedência parcial. Apelação da ré denegada, provida parcialmente a do autor.*

E, como segunda decorrência do cumprimento da lei, os sistemas criam para o magistrado o dever de julgar, seja o mérito ou a estrutura formal do processo, não podendo este omitir-se nesta missão pela simples alegação de que não há norma que contemple o caso. Ocorrendo isto, deve ele valer-se da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais de Direito, e da equidade, como já demonstrado quando do comentário anterior ao princípio da proibição do *non liquet*.

### Normas-regra, normas-princípio e cláusulas gerais.

Em primeiro lugar, para que se bem compreenda a diferença entre normas-regra e normas-princípio é necessário que se entenda o que é norma. Afinal, é norma é o signo raiz destas duas espécies.

De acordo com Humberto Ávila, normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”<sup>8</sup>. Assim, resta claro que o dispositivo legal (texto) não se confunde com a norma (conteúdo). Situações apontam um dispositivo correspondendo a uma norma.

Pode haver, contudo, norma sem dispositivo (como o princípio do duplo grau de jurisdição) e, por outro lado, haver normas que nasçam da conjunção de vários dispositivos (como a indenizabilidade mesmo em casos de atos lícitos – CC, arts. 930 c/c 188, II).

Dentro da característica desta obra, pode-se compreender que os princípios são mandados de otimização, que modulam toda a estrutura do sistema, otimizam a aplicação das regras e de outros princípios, e a interação deles (além de útil para demonstrar seu alcance real) ocorre por ponderação. As regras, por sua vez, aplicam diretamente determinações, criando direitos e deveres, interagindo entre si por um sistema de “tudo ou nada”.

Para diferenciá-los, pode-se utilizar o quadro abaixo, ressaltando ao leitor que as críticas às diferenciações, que existem, não cabem no espectro de alcance do presente trabalho.

| Diferenças entre normas-regra e normas-princípio   |  |   |
|--|--|---|
| Critério   | Princípios   | Regras  |
| Subsunção<br>(a subsunção está ligada à correspondência entre um acontecimento e a previsão legal – será mais forte a subsunção quanto mais restrita for a determinação) | Abrem um leque de alcance, cabendo ao intérprete determinar sua aplicação concreta, valendo-se, ainda, de subprincípios e/ou normas-regra. | Especificam seu campo de alcance, através de um sistema “se ocorre o fato A, então deve ser aplicada a regra B”, estruturando-se por um imperativo condicional, não se aplicando sempre, mas somente quando satisfeita a condição.  |
| Aplicação  | Podem ser graduados para aplicarem-se com maior ou menor efeito a uma determinada situação concreta.                                       | A aplicação de uma regra ocorre ou não, ou seja, dá-se pelo sistema tudo ou nada ( <i>all or nothing</i> ). Não há a gradação percebida nos princípios.   |
| Interrelacionamento  | Como podem ser graduados, aplicam-se através da ponderação entre eles, viabilizando a compreensão de seu real alcance.                     | Quando uma regra vai de encontro a outra uma delas irá se sobrepor, excluindo a aplicação da outra; no embate entre duas (ou mais) normas-regra, uma delas irá ser aplicada e excluirá a outra. Não há, efetivamente, um inter-relacionamento. Estas ideias, contudo, são abrandadas pelo diálogo das fontes. |

Os princípios, ainda, não se confundem com uma espécie de norma-regra, denominada cláusula geral. Neste trabalho, como forma de encaixe no sistema, trata-se destas como espécies de regras. Elas são especiais pois trazem uma possibilidade de abertura do sistema, na visão de *Claus Canaris*, pois impedem a não solução de controvérsias em razão da existência de lacunas. Contudo, não têm as cláusulas gerais a amplitude e alcance dos princípios.

Na realidade, as cláusulas gerais, trazem dentro de si não regramentos diretos de conduta, mas sim valores, fundamentos especiais ou preceitos de interpretação (a leitura do art. 422 do Código Civil deixa claro este conteúdo valorativo).

Por fim, vale ser mencionado o pensamento de Humberto Ávila que, apesar de não ser de pacífico reconhecimento na doutrina, tem rigor técnico e qualidade que merecem ser destacados. Para o autor, ao lado das

normas-regra e das normas-princípio haveria os postulados, que não se situam nas classes já apresentadas, mas sim são normas de segundo grau, visto que são “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”<sup>9</sup>. Nesta classe, podem ser apresentadas a proporcionalidade e a razoabilidade.

---

9 Teoria dos Princípios, p.81.

# CAPÍTULO I

## PARTE GERAL

### DO CÓDIGO CIVIL

#### 1. NOÇÕES

**A A relação jurídica – os direitos enquanto vinculados a um titular:** Todo o Código Civil é construído sobre a ideia de **direito subjetivo** (daí a existência de um capítulo sobre pessoa, um sobre bens e um sobre a relação jurídica – sendo estes os elementos que criam o Direito Subjetivo). **Direito Subjetivo** se contrapõe ao **Direito Objetivo**. Enquanto este abarca a norma prevista abstratamente, aquele necessita de um titular que se agregue à norma, seja porque o direito lhe pertence, seja porque seu direito foi lesado.

Esta visão do direito subjetivo possibilita que se tenha direito potestativo ou um direito subjetivo de prestação. É muito importante frisar esta diferença, pois tanto o direito potestativo quanto o direito subjetivo de prestação estão abarcados pela noção de direito subjetivo.

**? QUESTÃO:** Qual seria a diferença entre um direito subjetivo de prestação e um direito potestativo?

**➡ RESPOSTA:** De um lado, o direito subjetivo de prestação necessita de um realizar humano, seja contemplado por um dar, um fazer ou um não fazer. De outro, o direito potestativo não requer um realizar humano ou ele é meramente potencial. Veja-se melhor:

| Direito subjetivo de prestação   | Direito potestativo  |
|--|--|
| Ao nascer para o titular, passa o sujeito a ter direito de exigir algo de alguém, devendo a outra parte prestar (fazer, não fazer ou dar) em favor deste titular. São os mais comuns direitos, como os direitos de crédito, que, no vencimento dão ao seu titular o direito de exigir a prestação. Se a parte devedora não realizar a prestação deverá o credor buscar o Poder Judiciário para que determine a entrega do bem (dar), imponha multas para que se realize a prestação específica (fazer) ou que se desenrole o processo no pagamento do equivalente mais perdas e danos. | Seu titular pode impor sua vontade contra a parte contrária, não necessitando da vontade deste para que se realize (por exemplo, revogação do mandato); sendo a participação do Estado supletiva da vontade das partes quando elas não conseguem entrar em acordo e, este mesmo Estado, ao final do processo entregará ao vencedor o que ele desejava substituindo a vontade do perdedor (por exemplo, dissolução de condomínio); ou ainda, por fim, quando o Estado intervém obrigatoriamente para poder garantir a lei, a ordem ou interesse de pessoas protegidas (por exemplo, divórcio, quando existe interesse de menores, pois deverá correr judicialmente, mas o Estado decretará o divórcio mesmo que uma das partes não concorde, desde que satisfeitos os requisitos legais). |

O Direito Subjetivo envolve três pontos importantes que acabam por configurar toda a parte geral do Código Civil: o sujeito, o objeto e a relação jurídica. A parte geral do código é a síntese do Direito Subjetivo, em qualquer de suas manifestações.

**B Constitucionalização do Direito Civil:** Este Direito Civil, que acompanha a humanidade desde seu mais jovem momento, fundado, para nós, nas colunas romanas com retoques germânicos, sofreu fortes modificações no século XX.

A partir das grandes guerras mundiais, foi necessário reconhecer que o capital sozinho não seria capaz de levar a humanidade a um futuro melhor, sequer se poderia afirmar que haveria futuro para um mundo dividido.

A solidariedade, o social, iniciou um processo de inserção no sistema privado, de modo que, especialmente no Brasil, se pode afirmar seja a Constituição Federal marco fundamental neste processo que acabou por determinar a “**constitucionalização do Direito Civil**”, onde conceitos individualistas e privatísticos deram lugar a uma visão mais ampla, de proteção ao hipossuficiente e de concretização da igualdade material (note-se que a igualdade formal é aquela que dá **direitos** iguais a todos, enquanto a igualdade material dá **condições** iguais a todos, resumindo-se, nas palavras, de raízes aristotélicas, de Rui Barbosa: *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*).

**C Fundamentos do Código Civil (Pilares):** Por influência desta visão, o Código Civil de 2002 trocou as figuras individualistas do contratante, do pai, do proprietário e do testador, por três grandes fundamentos ou esteios.

Eles são a **eticidade**, a **operabilidade** e a **socialidade**. Da **eticidade** extrai-se a ideia de que toda relação privada deve estar em acordo com o respeito, com o cuidado, o bem agir; da **operabilidade** tem-se que o Código deve ser aplicável, prático, necessário, útil e não apresentar textos desnecessários, inúteis ou contraditórios; por fim, a **socialidade** trouxe a função social para as relações do Direito Civil, determinando que cada ação do contrato ao testamento, da obrigação à propriedade, deve atender ao fim social que lhe é predestinado, proibindo-se, assim,

acordos “de gaveta” ou a utilização da propriedade/contrato com o simples intuito de especulação.

Todo este sistema deve ser posto em funcionamento, deve estar ligado a um sujeito que possa exercer os direitos e cumprir os deveres.

## 2. O SUJEITO DE DIREITO

É aquele que pode ser titular de direitos e obrigações na órbita civil. A ele o sistema atribui a qualidade de contrair obrigações, além de poder exigir o cumprimento de créditos que possua. Ele pode ser proprietário, poderá, portanto, figurar nas mais diferentes relações jurídicas.

Não se pode, contudo, confundir sujeito com pessoa. Toda pessoa é um sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito é pessoa. Personalidade é um atributo entregue pelo Direito a certos entes que passam não apenas poder exercer direitos e obrigações na órbita civil, mas se apresentam como pessoas, titulares especiais do universo privado.



MUITA  
ATENÇÃO!

### Espécies de sujeito de direito

Os **sujeitos de direito personalizados** (pessoas) podem ser físicos ou jurídicos. Este ponto será melhor abordado mais à frente. Por outro lado, os **sujeitos de direito não personalizados** podem ser humanos e não humanos.

Os entes **despersonalizados humanos** são os **nascituros**, visto que, apesar de ainda não serem pessoas (uma vez que a personalidade da pessoa natural só se inicia com o nascimento com vida), já têm eles direitos e até mesmo obrigações (de exigibilidade suspensa) na órbita civil.

Por sua vez, os **não humanos** abrangem a **massa falida**, o **espólio**, as **sociedades em comum** (designação do Código Civil para as sociedades de fato – que não possuem registro sequer iniciado – e para as sociedades irregulares – sociedades que não concluíram o trâmite registral apesar de já o ter iniciado), o **condomínio**, dentre outros. Estes entes, no mais das vezes, terão obrigações no contexto civil, mas muitos direitos lhes são proibidos (não podem solicitar falência, por exemplo).



FIQUE POR  
DENTRO:

### “Pessoa X sujeito”

**Pessoa X Sujeito:** qual a qualidade, o que os sujeitos de direito possuem para poderem ser titulares no sistema civil mesmo que alguns não possuam personalidade? Se o Código Civil afirma que “toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” não haveria um contrassenso? Eis mais um ponto de grande importância nesta caminhada pelo direito privado. **O fato de a pessoa ser titular não impede que outros entes o sejam também.** Isto se dá por que o que qualifica um sujeito de direito não é a **personalidade**, mas sim a **capacidade de direito**, a aptidão genérica de ser titular de direitos e obrigações na órbita civil. Quando se é pessoa já se tem, **automaticamente**, capacidade de direito. Mas esta capacidade pode ser dada pelo Direito a quem ele assim aprover.

### Capacidade de direito é sempre absoluta e sem gradação.

Quando se a tem, ela existe em sua plenitude. Não existe restrição à capacidade de direito. Todos os casos de restrições ou limitações de poderes ocorrem na esfera da capacidade de fato, que não se confunde com a primeira. Já a capacidade de fato é a possibilidade de se exercer “por si só” direitos e obrigações no espaço civil. Veja-se, enquanto a capacidade de direito é um atributo estático, a capacidade de fato é dinâmica, vinculada à concretização de direitos e obrigações. Esta sim poderá ser específica (no caso das pessoas jurídicas que só possuem direitos e obrigações que sejam atrelados à sua função – não podem se casar ou testar, por exemplo) ou sofrer restrições (como veremos na teoria das incapacidades).



MUITA  
ATENÇÃO!

## 3. TEORIA DAS INCAPACIDADES E SEU FUNDAMENTO

O Direito deve se ocupar em proteger certas pessoas. Pessoas que, apesar de possuírem em sua totalidade a capacidade de direito, não têm, de forma temporária ou definitiva, meios físico-mentais para gerir sua existência sem que corram graves riscos.

Às pessoas que não podem, pelas razões reconhecidas pela lei, gerir sua existência jurídica, o Direito formulou a Teoria das Incapacidades, que regulamenta como reconhecer tais impossibilidades, como classificá-las e quais meios de realização de direitos por partes de tais pessoas. O ano de 2015, **com a publicação da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD), marcou uma guinada em tal teoria**, expressando uma nova visão acerca dos incapazes. Dentro deste contexto, em que várias e profundas modificações foram estabelecidas, duas se destacam: a) a restrição da figura dos absolutamente incapazes aos menores de 16 anos e b) o fim da figura da interdição, com a adoção excepcional da curatela e criação da tomada de decisão apoiada. Estas e outras modificações de maior relevo serão vistas aqui e ao longo deste capítulo dedicado ao Direito Civil. De antemão, destaca-se que até mesmo em matéria probatória avançou o EPD, ao determinar *que a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.*

**3.1 Fontes das incapacidades:** Primeiramente, ao se observar como o Direito regulamenta as incapacidades, nota-se que elas só podem ser oriundas de **duas fontes diretas: a sentença ou a lei.** Veja-se que a lei sempre é fonte indireta, mas aqui se está a tratar de qual instrumento concreto que reconhece a existência da incapacidade. Para os **indígenas**, na forma da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), o sistema civil reconhece a necessidade de tutela sem qualquer intervenção prévia do Poder Judiciário.

**Assim, todo índio é considerado incapaz**, sendo tutelado pelo órgão competente federal (FUNAI). Atos pelos silvícolas praticados sem a devida assistência são considerados nulos – art. 8º – (a nulidade derivada da não assistência cria um problema sério ao se classificar o tipo de incapacidade do indígena, como se verá à frente). Para que o índio deixe de ser incapaz será necessária uma decisão do Judiciário que reconheça sua possibilidade de liberação do regime tutelar.

A outra forma de reconhecimento da incapacidade diretamente pela lei se dá em relação aos menores que, **até os 16 anos são considerados absolutamente incapazes e dos 16 aos 18 anos são tratados como relativamente incapazes**. Neste ponto não é necessária legislação especial que cubra o assunto, pois os absolutamente incapazes se encontram no art. 3º do Código Civil, enquanto os relativamente incapazes estão no art. 4º. Destaque-se que, na redação do Código Reale, alterada pelo EPD, os menores de 16 anos se tornaram os únicos componentes da classe dos absolutamente incapazes. Assim, a partir do início de vigência do EPD, tem o art. 3º do CC, a seguinte redação: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Aos menores a lei reserva um tratamento especial, pois eles são automaticamente inseridos e retirados do sistema de proteção. Inseridos ao nascerem, retirados ao completarem as respectivas idades (**16 para deixarem de ser absolutamente incapazes e 18 para se tornarem plenamente capazes**). Além disso, somente eles podem se beneficiar de um atalho para a plena capacidade, o instituto da emancipação (que será visto mais à frente).

A partir deste ponto, passa-se em análise das demais formas de incapacidades relativas, previstas no novo art. 4º do Código Civil:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”. (NR)

A curatela e a tomada de decisão apoiada se apresentam como os mecanismos de proteção dos relativamente incapazes (excetuados os assim considerados em razão da idade).

**A curatela é processo judicial, com participação necessária do Ministério Público** (art. 752, §1º, CPC), que altera o estado da pessoa, logo, não pode correr à revelia, sendo obrigatória a nomeação de um curador do incapaz durante o processo, se não houver procurador que o defenda (art. 752, §2º, CPC).

As causas de curatela podem originar a incapacidade relativa (CC, art. 4º, II, III e IV), quando a condição da pessoa não tornar viável a tomada de decisão apoiada. Desta forma, o que antes se tratava como regra (interdição) passa a ser medida excepcional (curatela) e, mormente em relação às pessoas com deficiência, *constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível*.

**3.2 Relativamente incapazes:** O primeiro grupo de pessoas que pode ser submetida à curatela e perder sua capacidade parcialmente são **os ébrios habituais e os viciados em tóxico**. Os dependentes químicos, o sejam em relação a drogas lícitas ou ilícitas, podem atingir tal grau de dependência que suas decisões e suas vidas civis encontrem-se ameaçadas. Não havendo um comprometimento tamanho o sistema civil apresenta como alternativa a tomada de decisão apoiada, que será vista em quadro abaixo.

Ao lado destes, estão **os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade**. O Código Civil possibilita que alguém que, por uma causa transitória ou não, esteja privado de sua consciência, possa ser curatelado. É o caso patente do que se encontra em estado de coma. Ele poderá ser protegido pela atuação de um curador que o assistirá nos atos da vida civil, realizando direitos e cumprindo obrigações. Tal causa deixou de ser fundamento para a incapacidade absoluta, tornando-se meio de retirada parcial da capacidade de exercício. Neste conceito passam a ser abrangidas outras causas que venham a gerar impossibilidade de expressão da vontade, sempre recordando que a submissão à curatela se apresenta como medida última e extrema.

#### Como ficam os excepcionais?

Logicamente, cabia ao Direito reconhecer os avanços não apenas nas terapias e intervenções em relação às pessoas acometidas com a Síndrome de Down, alterações no espectro Autista além de todas as demais Síndromes que afetam a cognição e/ou a capacidade de interação humana, mas também, compreender e se tornar um agente facilitador para a erradicação das barreiras sociais em relação a tais pessoas. Desta forma, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passam os excepcionais (além de várias outras pessoas acometidas por doenças mentais) a receberem um tratamento mais digno do Direito Civil. A interdição, palavra abolida do sistema, dá lugar à curatela (tomando-se o instrumento como nome de categoria), passando a



**MUITA ATENÇÃO!**


**MUITA ATENÇÃO!**

ser exceção no sistema legal. Ao lado disso, podem as pessoas acometidas com quadros de limitação mental se casar, com o fim da causa de nulidade do art. 1.548, I, CC.

Logo, os excepcionais ganham um conjunto protetivo mais bem estruturado do que a vetusta teoria das incapacidades, em que ao invés de limitar, passa-se em vislumbrar a mais plena liberdade (sem descuidar da segurança jurídica) para tais pessoas.

Por fim, chega-se aos mais relativos dos relativamente incapazes, **os pródigos**. Pródigo é aquele que gasta seu patrimônio de forma desregrada, pondo em risco seu sustento e o de sua família. Aqui o Estado intervém na vida privada para evitar problemas de cunho social. O pródigo somente será incapaz para assuntos de ordem patrimonial, podendo realizar todos os outros atos que não criem diretamente efeitos patrimoniais.

Temos também os **relativamente incapazes**, que são limitados à realização de certos atos ou às formas de os exercer. Muitas vezes poderão eles praticar atos sozinhos, como ser mandatários (CC, art. 666) ou testar (CC, art. 1.816, parágrafo único – somente os relativamente incapazes por idade). Para os atos que a lei não dispuser esta possibilidade eles deverão ser acompanhados por um assistente. Com isto, percebemos que os meios de realização dos direitos e obrigações dos incapazes são a representação (para absolutamente incapazes) e a assistência (relativamente incapazes). Se um relativamente incapaz realiza um ato sem a devida assistência, será tal situação evitada de anulabilidade.

**3.3. Absolutamente incapazes:** Quanto à classificação das incapacidades, podemos afirmar que existem os **absolutamente incapazes**, quem tem sua vontade desconsiderada pelo sistema jurídico e deverão ser representados pelos que assim a lei ou a sentença (para tutores) reconhecerem (pais, tutores etc.) e se não o forem verão o ato praticado ser taxado, normalmente, como nulo.

Logo, pode-se alinhar o seguinte pensamento: para os absolutamente incapazes (os menores de 16 anos) tem-se a representação e os atos por eles celebrados sem tal intervenção são evitados de nulidade.

Os efeitos da condição de incapacidade foram objeto de interessante indagação no **Exame Unificado de Novembro de 2016**, nos seguintes termos: “*André possui um transtorno psiquiátrico grave, que demanda uso contínuo de medicamentos, graças aos quais ele leva vida normal. No entanto, em razão do consumo de remédios que se revelaram ineficazes, por causa de um defeito de fabricação naquele lote, André foi acometido de um surto que, ao privá-lo de discernimento, o levou a comprar diversos produtos caros de que não precisava. Para desfazer os efeitos desses negócios, André deve pleitear.*” Como resposta,

*temos que ele deverá pleitear a anulação do negócio, por causa transitória impeditiva de expressão da vontade. O destaque para a questão é a construção da alternativa, que leva o examinando a refletir sobre a possibilidade de anulação posterior do ato, em razão da causa pontual de incapacidade, que não irá gerar o pedido de curatela mas terá como efeito o desfazimento do ato.*

O surgimento de um novo instrumento de segurança jurídica – a **tomada de decisão apoiada**.

A presente temática, afeita ao universo da curatela, apresenta-se cabível de explanação neste momento como forma de um mais claro e profundo entendimento.

Este novo instituto, **mecanismo que é servível a suprir especiais limitações da pessoa não curatelada**, é definido no art. 1.783-A, do Código Civil, com redação dada pelo EPD, nos seguintes termos: “a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Alguns pontos, já de destaque neste conceito, chamam a atenção. Primeiramente, não há que se falar em tomada de decisão apoiada para a pessoa curatelada, visto que a medida de apoio serve, justamente, **para se evitar a perda da capacidade da pessoa que possui algum tipo de deficiência**, mas mantém parcialmente, a compreensão dos atos da vida civil. De outro tanto, deve-se perceber que os dois apoiadores não necessitam ser da família da pessoa, mas tampouco podem ser estranhos à vida desta. **Devem ser escolhidos do círculo de amizades próximas (e de vida idônea) da pessoa com deficiência, podendo ou não ser parentes.**

A tomada de decisão apoiada surge de pedido formulado pela pessoa interessada e seus apoiadores, constando:

- os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores;
- o prazo de vigência do acordo;
- e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Desta forma, o apoio à decisão está limitado a um conjunto específico de atos, tomados aqui pela qualidade e não pela ocorrência. Logo, o pedido pode estabelecer que a tomada será utilizada em todas as alienações realizadas pela pessoa com deficiência. Ainda, não é possível que se estabeleça a tomada por prazo incerto ou mesmo que seja este prazo limitador desarrazoadamente extenso. Como meio interpretativo e nos limites deste trabalho, recomenda-se o prazo de 2 anos para a vigência, devendo a tomada ser renovada ao final do período. O que agora se defende parte do período de prestação de contas da tutela e da curatela e busca evitar o abuso da condição da pessoa com deficiência. Isto porque *a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado* (art. 1.783-A, § 4º, CC).


**FIQUE POR DENTRO:**



# CAPÍTULO I

## PRINCÍPIOS. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO E NO ESPAÇO.

### CONTAGEM DE PRAZOS

#### 1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O termo princípio pode ser associado à ideia de início, base ou fundamento. A seguir, serão analisados alguns dos princípios fundamentais do processo penal brasileiro.

**A Ampla defesa:** tal princípio é consagrado no art. 5º, LV, da Constituição da República. A garantia fundamental da ampla defesa envolve: **1. Autodefesa:** é aquela realizada pelo próprio acusado ou investigado, que tem, como decorrência da autodefesa, o direito de ser ouvido pelo juiz, no interrogatório, ocasião em que poderá trazer sua versão dos fatos. Poderá, inclusive, permanecer em silêncio, como garante o art. 5º, LXIII, da Constituição, de onde se extrai o **direito à não autoincriminação** (ninguém é obrigado a produzir prova contra si – *nemo tenetur se detegere*). Assim, “o silêncio do acusado não importará confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, mesmo no caso de crimes hediondos” (enunciado extraído de questão do **Exame Unificado da OAB de maio de 2012**). O acusado tem, ainda, o direito de presença, devendo, de regra, ser intimado dos atos processuais, para, caso queira, se fazer presente. **2. Defesa técnica:** no processo penal, o acusado tem direito de defender-se por profissional habilitado, com formação jurídica, como um advogado ou um defensor público. Assim, a Constituição impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica gratuita aos que dela necessitem (art. 5º, LXXIV, da Constituição da República). É **indispensável, sendo causa de nulidade absoluta do processo a ausência de defesa técnica**. Nos termos da Súmula 523 do STF, a falta de defesa, no processo penal, conduz à nulidade absoluta, sendo que a deficiência de defesa somente anulará o processo se daí decorrer prejuízo para o acusado (nulidade relativa). Por fim, como decorrência da ampla defesa, prevalece em doutrina e jurisprudência o entendimento de que são, de regra, admissíveis no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos, desde que em favor do réu.



MUITA ATENÇÃO!

Uma questão recorrente envolve o acusado ou investigado que se atribui uma falsa identidade, omitindo sua real qualificação, visando a não ser responsabilizado criminalmente. Há entendimento de que, caso se atribua uma falsa identificação, o agente deveria ser responsabilizado pelo delito de falsa identidade, nos moldes do art. 307, do Código Penal. Outros, por sua vez, defendem que não deveria haver responsabilização, em vista da garantia de não autoincriminação, extraída do art. 5º, LIII da Constituição da República e do art. 8º do Pacto de São José de Costa Rica. A Súmula 522, do STJ, porém, consagrou o entendimento de que “a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

**B Contraditório:** também previsto no art. 5º, LV da Constituição da República, como condição necessária ao exercício da ampla defesa, o contraditório envolve duas ideias fundamentais: **ciência** e **participação**. As partes devem ter ciência e oportunidade de participação nos atos do processo. Em homenagem ao contraditório e à ampla defesa, prescreve o art. 366, do Código de Processo Penal que, caso o acusado, citado por edital, não compareça ao processo nem constitua advogado, ficam suspensos o curso do processo e da prescrição. Afinal, sem a citação pessoal não se garante um contraditório e uma defesa efetivos. Por fim, cumpre destacar que, em hipóteses excepcionais, há o chamado **contraditório diferido ou posterior**. Isso porque, em algumas situações não é possível que o envolvido tenha, de imediato, ciência de dado ato da persecução penal. Exemplo típico são as interceptações telefônicas. Nesses casos, para evitar que a providência seja frustrada, primeiramente se realiza a interceptação, e posteriormente se oportuniza o contraditório.



FIQUE POR DENTRO:

O CPC/15 consagrou em seu art. 10 o chamado “contraditório substancial”, dispondo que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Há entendimento doutrinário de que tal disposição se aplica subsidiariamente ao processo penal, visto que não existe disciplina própria sobre a matéria na legislação processual penal.



FIQUE POR DENTRO:

**Para saber mais:**

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 1531-1532.

**C Favor rei:** trata-se de expressão de uma lógica inerente ao processo penal. De acordo com esse princípio, dentro das possibilidades interpretativas, deve-se sempre buscar aquela mais benéfica para o réu, tido como parte hipossuficiente, ou seja, mais fraca diante do aparato punitivo estatal. Manifestação nítida deste princípio é a premissa de que a dúvida deve militar em favor do réu (*in dubio pro reo*). Tal princípio se expressa, ainda, na existência, no processo penal, de **recurso privativo da defesa** – os embargos infringentes e de nulidade – recurso que, como será adiante referido, somente cabe em favor do réu. Como será oportunamente mencionado, não é admissível, em matéria de recursos, a **reformatio in pejus** (reforma da decisão que agrave, que piore a situação do réu). Todavia, tem sido admitida a **reformatio in mellius** (reforma que implique melhoria para o acusado), mesmo em recurso interposto apenas pela acusação. Por fim, no processo penal há **vedação da revisão pro societate**. Significa que, como será adiante analisado, proferida decisão favorável ao acusado, de regra esta não poderá ser alterada após o trânsito em julgado.

**D Identidade física do juiz:** trata-se de princípio há muito consagrado no processo civil (art. 132, do CPC/73), mas que somente veio a ser previsto no processo penal com o advento da Lei 11.719/08, no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal. Significa que o juiz que presidiu a instrução, colhendo provas, deve ser o mesmo que irá sentenciar o processo. Tal determinação guarda direta vinculação com o princípio do juiz natural, vedando a substituição do juiz no momento de proferir a sentença, garantindo, assim, a **imparcialidade do julgamento**. Diante da simplicidade do dispositivo que trata do assunto no processo penal, a doutrina invocava a aplicação supletiva do CPC/73. Assim, para análise do princípio da identidade física do juiz era necessário ter em conta, também, o que prescreve o art. 132, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor”. Todavia, **o princípio da identidade física do juiz deixou de figurar expressamente no CPC/15**. Assim, cumprirá à doutrina e à jurisprudência definirem os contornos do princípio com a entrada em vigor do Novo CPC.

Considere a seguinte questão, extraída do **Exame Unificado da OAB de fevereiro de 2012**: “Trácio foi

denunciado pela prática do delito descrito no artigo 333 do Código Penal. A peça inaugural foi recebida pelo Juiz Titular da Vara Única da Comarca X, que presidiu a Audiência de Instrução e Julgamento. Encerrada a instrução do feito, o processo foi concluso ao juiz substituto, que proferiu sentença condenatória, tendo em vista que o juiz titular havia sido promovido e estava, nesse momento, na 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital. De acordo com a Lei Processual Penal, assinale a alternativa correta. (A) A sentença é nula, porque foi prolatada por juiz que não presidiu a instrução do feito, em desacordo com o princípio da identidade física do juiz. (B) A sentença é nula, porque ao juiz substituto é vedada a prolação de decisão definitiva ou terminativa. (C) Não há nulidade na sentença, porque não se faz exigível a identidade física do juiz diante das peculiaridades narradas no enunciado. (D) A sentença é nula, porque viola o princípio do juiz natural”. A alternativa correta é a “C”, pois, como relatado acima, nos casos de promoção do juiz que presidiu a instrução, excepciona-se o princípio da identidade física do juiz, tal como prevê o art. 132, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, como destacado, não há previsão expressa da identidade física do juiz no CPC/15.

**E Publicidade:** está consagrada nos arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição da República. A regra no processo penal brasileiro é a **publicidade ampla**, estampada no art. 792, *caput*, do Código de Processo Penal, possibilitando a todos os interessados acesso ao processo. Todavia, como se extrai do art. 5º, LX e 93, IX, da Constituição e 792, § 1º, do Código de Processo Penal, **excepcionalmente, a publicidade pode ser restrita**, sendo acessível somente através de certidões ou informes sobre a realização e conteúdo de atos processuais. Em conformidade com o art. 792, § 1º, a publicidade dos atos processuais pode ser restringida por razões de interesse público, em hipóteses que possa causar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem. Há medidas, de natureza cautelar, em que o sigilo é de sua essência. Pode ser citado o caso da interceptação telefônica, em que a ciência da realização da providência somente será dada em momento posterior à sua efetivação. Outra hipótese de sigilo, previsto na Constituição, é o dos veredictos dos jurados, no procedimento do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, “b”, da Constituição da República). Houve discussões envolvendo o fato da votação, pelos jurados, ser realizada em uma sala secreta, conforme prevê o art. 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal. Todavia, prevaleceu o entendimento de que esta sala especial continua em vigor, como garantia dos jurados.

**F “Verdade real”:** a doutrina processual tradicional sempre se manifestou no sentido de que o processo civil se contenta com uma **verdade formal ou processual**, ou seja, o que consta do processo, ao passo que o processo

penal busca uma **verdade real**, efetiva. Assim, o art. 156, do Código de Processo Penal autoriza o julgador a colher provas de ofício, independente de provocação das partes. Todavia, este discurso vem sofrendo questionamentos por parte da doutrina mais moderna, ao fundamento de que nem sempre o processo refletirá a verdade dos fatos. O que se pode ter no processo, quando muito, é uma verdade aproximativa. Deve ser buscada, sempre, a **verdade processualmente possível**, mas consciente de seus limites.

**G Devido processo legal:** trata-se de garantia processual, expressa no art. 5º, LIV, da Constituição da República. Representa uma fórmula, da qual derivam todas as garantias processuais. Em sua **dimensão formal**, o devido processo legal implica a observância das formalidades e garantias processuais. Em seu **aspecto material**, o devido processo legal implica a busca de justiça e proporcionalidade. Fala-se, ainda, na existência de um devido processo legal clássico, a exemplo daquele disciplinado no Código de Processo Penal, e um devido processo legal consensual, inaugurado pelo procedimento da Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais, e que será objeto de estudo mais adiante.

**H Juiz natural:** trata-se de garantia que pressupõe, primeiramente, a observância das regras de **competência** estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Tem por fundamento a **garantia de imparcialidade no julgamento**. Nesse sentido, o art. 5º, LIII, da Constituição da República assegura que ninguém será processado ou julgado, senão pela autoridade competente. Decorre do princípio do juiz natural, ainda, a **vedação da existência de juízos ou tribunais de exceção** (ou seja, aqueles criados após o fato a ser julgado ou especificamente para o julgamento daquele fato – *ex post factum*), conforme prescreve o art. 5º, XXXVII, da Constituição da República. Discute-se acerca da existência de um princípio do “promotor natural”. O princípio vedaria designações casuísticas de representantes do Ministério Público, ou seja, a escolha de um promotor para atuar em um caso específico, bem como a avocação de processos, garantindo a atuação no processo do representante da instituição com atribuição prevista em lei para aquela hipótese específica. A existência deste princípio não é de aceitação uniforme na jurisprudência. De regra, a tendência é de se negar a existência do princípio do “promotor natural”.

**I Estado de inocência:** consagrado no art. 5º, LVII da Constituição da República, há divergência na doutrina, inclusive, quanto à nomenclatura ideal para designação deste princípio, sendo que alguns preferem falar em presunção de inocência, e outros em presunção de não culpabilidade. Tem diversas implicações no processo penal. Constitui, primeiramente, uma regra de tratamento, pela qual o investigado/acusado, por se

encontrar em uma situação jurídica de inocência, **não pode ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. As prisões cautelares, como a preventiva e a temporária, não violam tal princípio, pois não se fundam na análise de culpa, mas apenas visam à garantia da persecução penal, ou seja, ao regular andamento das investigações e do processo. Neste sentido, é o que dispõe a **Súmula 9, do STJ**. Outra decorrência do princípio em análise incide sobre a **distribuição do ônus da prova no processo penal**. Se o acusado no processo penal tem em seu favor o tratamento de inocente, incumbe ao acusador comprovar sua culpa para que haja condenação.

? **QUESTÃO:** A execução provisória de pena é compatível com a garantia constitucional do estado de inocência?

➔ **RESPOSTA:** *A questão foi alvo de recente enfrentamento pelo STF. No julgamento do HC 126.292/SP, em 2016, por maioria, o STF adotou o entendimento de que uma sentença penal condenatória confirmada em segunda instância é passível de execução provisória, inclusive com possibilidade de imediata prisão do réu, ainda que se possa interpor Recurso Especial ou Recurso Extraordinário. Logo, para o STF seria possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por tribunal de segunda instância, mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, o que não implicaria ofensa ao princípio do estado de inocência. A questão suscita controvérsias, posto que o art. 5º, LVII da Constituição da República estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que é reforçado no art. 283, caput, do Código de Processo Penal, que dispõe que não seria possível a prisão, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em virtude de prisão cautelar ou em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, pretendendo a declaração de constitucionalidade do art. 283, caput, do CPP. Em 07/11/2019 foi concluído o julgamento das ações, tendo, por maioria, o STF firmado o entendimento no sentido de que o art. 283, caput, do CPP é constitucional e seria necessário, pelo princípio do estado de inocência, o trânsito em julgado para a execução de decisão penal condenatória. Dessa forma, prevaleceu que, se não estiverem presentes os requisitos da prisão cautelar, a prisão deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória.*

**Para saber mais, consultar:** LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 42 e seguintes. E também: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 03 e seguintes.

## 2. LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO – PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

De acordo com o que dispõe no seu art. 1º, o Código de Processo Penal é aplicável em todo o **território nacional – princípio da territorialidade**. O CPP dis-

ciplina, portanto, todos os processos que vierem a se desenvolver no território brasileiro, por infrações penais aqui cometidas, em observância ao princípio *locus regit actum*. Assim, é correto afirmar que “no processo penal vigora o princípio da territorialidade, já que as normas processuais brasileiras só se aplicam no território nacional” (alternativa extraída do **Exame Unificado da OAB de agosto de 2013**).

Todavia, como dispõe o inciso I deste mesmo artigo, tal regra pode ser excepcionada por tratados e convenções de direito internacional. Outra exceção se dá quando há lei especial disciplinando a matéria, situação em que o Código de Processo Penal será de aplicação subsidiária (art. 1º, parágrafo único, do CPP).

### 3. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

O art. 2º do Código de Processo Penal consagra como regra a **aplicação imediata** das leis processuais penais, sem prejuízo de atos praticados sob a vigência da lei anterior. É o princípio *tempus regit actum*. Entrando em vigor, a lei se aplica, desde logo, aos processos em curso, sem prejuízo dos atos praticados conforme a lei anterior. Ou seja, **a lei processual penal nova não retroage**.

Por essa razão, está errada a afirmativa extraída do **Exame Unificado da OAB de janeiro de 2010**, de que a lei processual penal “não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, não vigorando, no direito processual penal, o princípio *tempus regit actum*”.

Também está equivocada a alternativa de questão do **Exame Unificado da OAB de janeiro de 2010**, no sentido de que a lei processual penal “tem aplicação imediata, devendo os atos praticados sob a égide de lei anterior revogada ser renovados e praticados sob a égide da nova lei, sob pena de nulidade absoluta”. O que está errado na afirmativa? Ora, **os atos praticados sob a égide da lei antiga são válidos. Não necessitam ser repetidos**.

No mesmo sentido, ainda, está equivocada a afirmação constante do **Exame Unificado da OAB de janeiro de 2009**, de que “com a aplicação imediata da lei processual penal, os atos realizados sob a vigência da lei anterior perdem sua validade”. **Os atos praticados conforme determinava a lei anterior continuam válidos**.

Considere, agora, o seguinte enunciado de questão, extraído do **Exame Unificado da OAB de abril de 2017**: “Em 23 de novembro de 2015 (segunda-feira), sendo o dia seguinte dia útil em todo o país, Técio, advogado de defesa de réu em ação penal de natureza condenatória, é intimado da sentença condenatória de seu cliente. No curso do prazo recursal, porém, entrou em vigor nova lei de natureza

puramente processual, que alterava o Código de Processo Penal e passava a prever que o prazo para apresentação de recurso de apelação seria de 03 dias e não mais de 05 dias. No dia 30 de novembro de 2015, dia útil, Técio apresenta recurso de apelação acompanhado das respectivas razões”. No caso, o recurso é tempestivo, observando-se o prazo recursal antigo, de 05 dias, previsto na legislação anterior, devido ao princípio do *tempus regit actum*.

### 4. INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

O art. 3º do Código de Processo Penal prevê que “a lei processual penal **admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica**, bem como o suplemento dos **princípios gerais de direito**”. **Com base nesse dispositivo, é possível a aplicação subsidiária do CPC ao processo penal**.

Portanto, está equivocada a alternativa apresentada no **Exame Unificado da OAB de janeiro de 2010**, segundo a qual a lei processual penal “não admite aplicação analógica, em obediência o princípio da legalidade estrita ou da tipicidade expressa”. Por outro lado, está correta a alternativa apresentada na mesma questão, de que a lei processual “admite interpretação extensiva e o suplemento dos princípios gerais de direito, por expressa disposição legal”.

É preciso que se considere as seguintes distinções:

- **Leis genuinamente processuais:** são leis que tratam de temas estritamente de direito processual, como, por exemplo, provas no processo penal. Estas normas, regra geral, são de aplicação imediata, respeitados os atos praticados anteriormente.
- **Leis processuais com efeitos materiais:** são leis que refletem diretamente na liberdade. Nestes casos, segundo parcela da doutrina, a lei pode retroagir, desde que para beneficiar o réu. Todavia, em uma prova objetiva, como é o caso da primeira fase da OAB, o candidato deve evitar ingressar em discussões doutrinárias. Prova disso é que no **Exame Unificado da OAB de janeiro de 2008** foi considerada errada alternativa em que se afirmava que “o dispositivo constitucional que estabelece que a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, aplica-se à lei penal e à lei processual penal”. Segundo entendimento dominante, e de acordo com o art. 2º do CPP, **a nova lei processual penal se aplica a todos os processos em curso, independentemente de beneficiar ou prejudicar o réu**.
- **Leis mistas:** são leis que tratam, simultaneamente, de matéria penal e matéria processual penal. Nestes casos, segundo o entendimento dominante, **deve-se levar em conta a parte da norma que trata de direito penal material**. Se o aspecto de direito penal material for prejudicial ao réu, deve-se aplicar a regra do art. 2º do Código Penal, e a lei não pode retroagir, deixando, inclusive, de se aplicar a casos em curso na data de sua entrada em vigor.



**MUITA ATENÇÃO!**

## 5. CONTAGEM DE PRAZOS

Em relação à **contagem de prazos** no processo penal, vale a regra geral de contagem de prazos processuais: **não se computa o dia de início** (*dies a quo*), mas **computa-se o dia do final** (*dies ad quem*), consoante disposição expressa do art. 798, § 1º, do CPP. Quando o prazo termina em dia que não há expediente forense, prorroga-se para o dia útil seguinte (art. 798, § 3º, do CPP). Assim, a contagem se inicia no dia útil seguinte ao da intimação, desde que na data haja expediente forense (Súmula 310, do STF).

De regra, os prazos iniciam seu curso:

- a) da intimação;
- b) da audiência ou sessão de julgamento, em que for preferida a decisão e a parte estiver presente;
- c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da decisão (art. 798, § 5º, CPP).

No processo penal, diversamente do processo civil, a contagem de prazo não se inicia da juntada aos autos do processo do mandado cumprido por oficial de justiça, ou de carta precatória, mas da própria data da intimação realizada, conforme dispõe a Súmula 710, do STF. Tal assunto fora objeto de questão do **Exame Unificado da OAB de outubro de 2019**: “Fred foi denunciado e condenado, em primeira instância, pela prática de crime de corrupção ativa, sendo ele e seu advogado intimados do teor da sentença no dia 05 de junho de 2018, terça-feira. A juntada do mandado de intimação do réu ao processo, todavia, somente ocorreu em 11 de junho de 2018, segunda-feira. Considerando as informações narradas, o prazo para interposição de recurso de apelação pelo advogado de Fred, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, será iniciado [...]”. De acordo com a súmula mencionada, o prazo para interposição de recurso se inicia no dia seguinte à intimação, **independentemente da data da juntada do mandado**.



Não são aplicáveis ao processo penal as disposições do CPC/15 que contrariem a disciplina própria da legislação processual penal. Assim, não se aplica ao processo penal, por exemplo, a regra sobre contagem de prazos em dias úteis do art. 219 do CPC/15. Isso porque o Código de Processo Penal tem disciplina própria do tema. O art. 798, do CPP, no *caput* e em seus parágrafos, estabelece que no processo penal os prazos são contados continuamente, inclusive em dias não úteis, como sábados, domingos e feriados.

Ainda em respeito à disciplina própria da legislação processual penal, não se aplica ao juizado especial criminal a previsão incluída no art. 12-A, da Lei 9.099/95 pela Lei 13.728/18, no sentido de que a contagem de prazos se dê em dias úteis. Deve ser aplicada ao juizado especial criminal, subsidiariamente, a previsão do art. 798, do CPP, acima mencionada.

### Para saber mais:

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 105-107.

| EM RESUMO: Aplicação da lei processual penal no tempo e no espaço. Contagem de prazos |  |
|---|--|
| <b>Eficácia da lei processual penal no espaço</b>                                     | Regra geral: <b>princípio da territorialidade</b> (art. 1º do Código de Processo Penal).   |
| <b>Eficácia da lei processual penal no tempo</b>                                      | O art. 2º do Código de Processo Penal estabelece a <b>aplicação imediata</b> das leis processuais penais, sem prejuízo de atos praticados sob a vigência da lei anterior. É a consagração do princípio <b>tempus regit actum</b> . |
| <b>Interpretação da lei processual penal</b>  | O art. 3º do Código de Processo Penal prevê que “a lei processual penal <b>admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica</b> , bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.                                   |
| <b>Contagem de prazos</b>   | Regra: art. 798, do Código de Processo Penal.<br>Súmulas 310 e 710, do STF.  |

## CAPÍTULO II

# INQUÉRITO POLICIAL

### 1. NOÇÕES

No Brasil, de regra, a investigação criminal tem natureza administrativa, através do inquérito policial. Trata-se de um **procedimento administrativo**, que antecede à ação penal. É presidido por delegados de polícia de carreira, seja da polícia civil ou da polícia federal (art. 144, § 4º, da Constituição da República).

? **QUESTÃO:** As garantias do contraditório e da ampla defesa se aplicam ao inquérito policial?

➔ **RESPOSTA:** Não! Não se aplicam ao inquérito policial as garantias do contraditório e da ampla defesa previstas no art. 5º, LV, da Constituição. Isso porque o inquérito **não é um processo**, e sim um **procedimento**. Também não está, ainda, sendo imputada qualquer prática criminosa ao investigado. **Assim, não há acusado na fase de inquérito, mas investigado ou, quando muito, indiciado**. Se não há acusação, não há razão para se garantir ampla defesa ou contraditório no inquérito.

É direito do investigado estar acompanhado de advogado, conforme prevê o inciso XXI do art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), incluído pela Lei 13.245/16. **Contudo, não é indispensável a presença de advogado acompanhando o investigado durante a fase de inquérito.**

Considere a seguinte questão, extraída do **Exame Unificado da OAB de julho de 2017**: “Paulo foi preso em flagrante pela prática do crime de corrupção, sendo encaminhado para a Delegacia. Ao tomar conhecimento dos fatos, a mãe de Paulo entra, de imediato, em contato com o advogado, solicitando esclarecimentos e pedindo auxílio para seu filho. De acordo com a situação apresentada, com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores, deverá o advogado esclarecer que: A) diante do caráter inquisitivo do inquérito policial, Paulo não poderá ser assistido pelo advogado na delegacia. B) a presença da defesa técnica, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, é sempre imprescindível, de modo que, caso não esteja presente, todo o procedimento será considerado nulo. C) decretado o sigilo do procedimento, o advogado não poderá ter acesso aos elementos informativos nele constantes, ainda que já documentados no procedimento. D) a Paulo deve ser garantida, na delegacia, a possibilidade de assistência de advogado, de modo que existe uma faculdade na contratação de seus serviços para acompanhamento do procedimento em sede policial”. A

alternativa correta é a letra “D”. Há, na fase policial da persecução penal, apenas a **faculdade** de se contar com defesa técnica, patrocinada por advogado, **não sendo, todavia, indispensável**.

? **QUESTÃO:** A investigação criminal é exclusividade da polícia judiciária?

➔ **RESPOSTA:** Tem prevalecido o entendimento de que não é exclusividade da polícia judiciária a investigação criminal. O art. 144, § 4º da Constituição da República em momento algum deixa antever que é exclusiva da polícia judiciária a atribuição de investigação. Ademais, há os chamados inquéritos extrapoliciais, ou seja, investigações que não são presididas por delegados de carreira, como, por exemplo, as CPLs (comissões parlamentares de inquérito), e o inquérito policial militar (IPM), que, apesar do termo “policial”, é na verdade um inquérito extrapolicial, vez que não é presidido por um delegado de carreira, e sim por uma autoridade militar. Investigações em face de integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, igualmente, não se desenvolvem através de inquérito policial. A propósito, o parágrafo único do art. 4º do CPP admite a investigação por outras autoridades que não integrem a polícia judiciária. Apesar de divergências, a jurisprudência, inclusive do STF, tem admitido a investigação criminal direta pelo Ministério Público.

A finalidade do inquérito policial, conforme se extrai do art. 4º, *caput*, combinado com art. 12, ambos do CPP, é a apuração da materialidade e dos indícios de autoria de uma infração penal, o que pode ser designado por “**justa causa**”. É com base nesta “justa causa” (**materialidade + indícios de autoria**) que se terá elementos para propor a ação penal.

Apesar de sua importância, o inquérito policial **não é indispensável**. Aliás, há casos em que é dispensável a investigação preliminar, seja através de inquérito ou qualquer outra forma de investigação penal. Por exemplo, se houver um procedimento administrativo tributário, visando a apurar uma sonegação, o inquérito policial pode ser dispensado. Indispensável é a justa causa, não o inquérito. Ainda literalmente prevendo a dispensabilidade do inquérito, pode-se mencionar os arts. 46, § 1º e 39, § 5º, ambos do CPP.

Assim, está correta a afirmação extraída do **Exame Unificado da OAB de maio de 2009**, segundo a qual “caso as informações obtidas por outros meios sejam suficientes para sustentar a inicial acusatória, o inquérito policial torna-se dispensável”. Correta, ainda, a afirmação retirada de questão do

**Exame Unificado da OAB de janeiro de 2008**, no sentido de que “a instauração de inquérito policial é dispensável caso a acusação possua elementos suficientes para a propositura da ação penal”. Por fim, a questão veio novamente cobrada no **Exame Unificado da OAB de setembro de 2012**: “Um Delegado de Polícia determina a instauração de inquérito policial para apurar a prática do crime de receptação, supostamente praticado por José. Com relação ao Inquérito Policial, assinale a afirmativa que **não** constitui sua característica: A) Escrito; B) Inquisitório; C) Indispensável; D) Formal”. A resposta correta é a alternativa “C”.



**MUITA ATENÇÃO!**

De regra, o Ministério Público é o destinatário do inquérito, nos casos de infrações penais de ação de iniciativa pública, ou o querelante, nos crimes que se processam por meio de ação penal de iniciativa privada (queixa). Todavia, há providências que, mesmo no curso da investigação, dependem de autorização judicial. São as chamadas **cláusulas de reserva de jurisdição**. São exemplos a interceptação de comunicações telefônicas e a busca domiciliar. Nestes casos, mesmo antes do início da ação, o Judiciário deve ser acionado para autorizar, por exemplo, uma interceptação telefônica.

Prevalece o entendimento de que **vícios no inquérito não contaminam a ação penal com base nele proposta**. Assim, uma ilegalidade no inquérito não se transmite para a ação penal.

#### “O juiz das garantias”

O **juiz das garantias** é novidade trazida pela Lei 13.964/19. Tal instituto encontra-se disciplinado na nova redação dos arts. 3º-A a 3º-F, do CPP. Segundo aponta a doutrina, sua finalidade seria a garantia da imparcialidade da jurisdição, atuando o juiz das garantias como garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo e no controle da legalidade da persecução penal. O juiz, na investigação criminal, deve atuar excepcionalmente, diante das chamadas **cláusulas de reserva de jurisdição** acima mencionadas, ou seja, de providências que dependem de autorização judicial. Assim, o juiz das garantias atua apenas na investigação criminal, apreciando pedidos, por exemplo, de prisões cautelares, interceptações telefônicas, busca e apreensão e outras medidas que impliquem restrições a direitos fundamentais, como prevê o art. 3º-B, do Código de Processo Penal, com redação da Lei 13.964/19. Cabe ao juiz das garantias, ainda, manifestar-se acerca de pedidos de prorrogação de prazo para conclusão das investigações.

De acordo com a disciplina da Lei 13.964/19, o magistrado que atua na investigação criminal como juiz das garantias fica impedido de atuar no futuro processo criminal instaurado. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, cessando com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime.

Assim, na prática, funcionarão na persecução penal magistrados distintos na fase investigativa e na ação penal. Evita-se, dessa forma, uma aproximação do juiz responsável pelo julgamento com os elementos produzidos na investigação. Nas comarcas em que atua apenas um juiz, a nova disciplina legislativa prevê a implementação de um rodízio de juizes.



**FIQUE POR DENTRO:**



**FIQUE POR DENTRO:**

Os arts. 3º-A a 3º-F, do CPP, que disciplinam o juiz das garantias, tiveram sua constitucionalidade questionada no STF. Atualmente, a implementação da figura do juiz das garantias encontra-se suspensa, por decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305.

Para conhecimento mais detido da disciplina legislativa do juiz das garantias no processo penal brasileiro, recomenda-se a leitura dos arts. 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal, com redação da Lei 13.964/19.

**Para saber mais:**

- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 293 e seguintes.

**? QUESTÃO:** É possível a condenação com base no inquérito policial?

**➔ RESPOSTA:** Não! **O valor probatório do inquérito é relativo**, pois não há no inquérito a incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa. Há inclusive preferência terminológica para que se fale em “informações”, em vez de “provas”, para se referir aos elementos colhidos no inquérito.

Assim, não se admite a condenação fundada, exclusivamente, nas informações colhidas no inquérito policial, como prevê expressamente o art. 155 do CPP. Todavia, as informações do inquérito podem servir de reforço à prova produzida no curso do processo.



**MUITA ATENÇÃO!**

Há que se fazer a distinção entre as informações da fase policial que são **repetíveis**, podendo ser produzidas novamente em juízo, como é de regra o caso da prova oral, daquelas informações que são **irrepetíveis**. As informações **repetíveis** devem ser produzidas novamente, em juízo, para terem valor de prova. Já as **irrepetíveis**, mesmo colhidas na fase policial, têm valor significativo, devendo apenas ser submetidas ao contraditório diferido (posterior). Exemplo típico de informações **irrepetíveis** são as perícias, que em muitos casos comprovam a materialidade da infração e de regra são produzidas no inquérito, imediatamente após a ocorrência da infração penal, sob pena de se perder elementos importantes com o passar do tempo.

**? QUESTÃO:** É possível o juiz decretar a incomunicabilidade do investigado durante o inquérito?

**➔ RESPOSTA:** Prevalece o entendimento de que não. O art. 21 do CPP prevê a possibilidade de que seja decretada a incomunicabilidade do indiciado, no curso do inquérito pelo prazo de até três dias. Todavia, tal artigo não fora recepcionado pela Constituição da República de 1988, que em seu art. 136, § 3º, IV, não admite a incomunicabilidade nem mesmo no período excepcional do estado de defesa. Assim, com maior razão não seria de se admitir a incomunicabilidade do preso em um contexto social de normalidade. De qualquer forma, tal previsão não alcança o advogado, que tem o direito de contato com o preso garantido pelo art. 7º, III, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB).

## 2. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

As características do inquérito policial mais apontadas em doutrina são:

**A Formal:** nos termos do art. 9º do CPP, o inquérito deve ser escrito, constando em suas folhas a assinatura da autoridade.

**B Inquisitorial:** como o próprio termo inquérito indica, o inquérito tem natureza **inquisitiva, não contando com as garantias do contraditório e da ampla defesa**. A única providência que o delegado está obrigado a determinar é a feitura do exame de corpo de delito, no caso de infrações que deixam vestígios (art. 184, do CPP). Assim, a autoridade policial não está obrigada a atender a providências requeridas pelos envolvidos na investigação (art. 14 do CPP). Apesar de críticas, o art. 107 do CPP não admite que se alegue a suspeição da autoridade policial.

**C Indisponível:** uma vez instaurado o inquérito, a **autoridade policial não pode determinar seu arquivamento**, consoante prevê o art. 17 do CPP. A única autoridade legitimada a manifestar-se pelo arquivamento do inquérito é o Ministério Público. No **Exame Unificado da OAB de julho de 2011** foi indagado se “a autoridade policial poderá mandar arquivar autos de inquérito”, sendo que a resposta é negativa.

Considere ainda o seguinte trecho de enunciado de questão, extraído do **Exame Unificado da OAB de agosto de 2018**: “Um Delegado de Polícia, ao tomar conhecimento de um suposto crime de ação penal pública incondicionada, determina, de ofício, a instauração de inquérito policial. Após adotar diligência, verifica que, na realidade, a conduta investigada era atípica”. Na situação, em seu relatório de conclusão do inquérito a autoridade policial poderá até opinar pelo arquivamento das investigações, mas a autoridade legitimada a manifestar-se de fato pelo arquivamento é o Ministério Público.

**D Oficioso:** a oficiosidade significa que, diante da notícia de delitos de ação penal de iniciativa pública incondicionada, a autoridade policial deverá instaurar o inquérito policial de ofício, ou seja, sem provocação.

**E Oficial:** a oficialidade indica que o inquérito deve ser presidido por uma autoridade pública, um delegado de polícia de carreira.

**F Sigiloso:** estabelece o art. 20 do CPP que a autoridade policial deve assegurar no inquérito o sigilo necessário à apuração do fato ou exigido pelo interesse social. O parágrafo único do art. 20 do CPP, com a redação da Lei 12.681/12, prevê que “nos atestados de antecedentes

que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes”.

**? QUESTÃO:** O sigilo no inquérito alcança o advogado?

**➔ RESPOSTA:** *Já houve discussão se o sigilo poderia alcançar o advogado do investigado, mas o art. 7º, XIV da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) assegura ao advogado acesso aos autos de inquérito, o que foi reafirmado com o advento da Lei 13.245/16. A questão, de certa forma, foi solucionada com a edição da **Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal**, que afirma ser direito do defensor, no interesse do representado, ter amplo acesso aos elementos já documentados no procedimento investigativo e que digam respeito ao direito de defesa. Observe a seguinte questão, extraída do **Exame Unificado da OAB de outubro de 2011**: “Tendo em vista o enunciado da súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, quanto ao sigilo do inquérito policial, é correto afirmar que a autoridade policial poderá negar ao advogado: (A) a vista dos autos, sempre que entender pertinente; (B) a vista dos autos, somente quando o suspeito tiver sido indiciado formalmente; (C) do indiciado que esteja atuando com procuração o acesso aos depoimentos prestados pelas vítimas, se entender pertinente; (D) o acesso aos elementos de prova que ainda não tenham sido documentados no procedimento investigatório”. Qual a resposta correta? A alternativa “D”, pois, a teor da Súmula Vinculante, o advogado tem garantido o direito de acesso somente ao que já fora documentado no curso da investigação.*

## 3. INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial tem início a partir do momento em que a autoridade policial tem ciência da ocorrência de um fato que seria infração penal, a chamada **notitia criminis**. A instauração do inquérito pode se dar:

**A De ofício:** está prevista no art. 5º, I, do CPP, e tem lugar quando a autoridade policial toma conhecimento direto e pessoal da infração penal. Trata-se da chamada **notitia criminis** de cognição direta. Neste caso, é editada uma portaria, determinando as providências iniciais a serem tomadas. **Tal hipótese somente é possível em se tratando de infração de ação penal de iniciativa pública incondicionada.**



**MUITA ATENÇÃO!**

Considere a seguinte afirmação, retirada de alternativa apresentada no Exame Unificado da OAB de maio de 2009: “Nas hipóteses de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, a autoridade policial deverá instaurar, de ofício, o inquérito, sem que seja necessária a provocação ou a representação”. Está correta a afirmação? Não, pois **somente é permitido o início do inquérito de ofício nos crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada.**

**B Requisição do juiz ou do Ministério Público:** é a previsão do art. 5º, II, do CPP, tratando-se da chamada **notitia criminis** de cognição indireta. De acordo com a



doutrina, é necessária a distinção entre requerimento e requisição. **Requerimento** tem a natureza de **pedido**, ao passo que **requisição** seria uma **ordem**, dirigida à autoridade.

**C Requerimento do ofendido ou de seu representante legal:** é a hipótese prevista no art. 5º, II, do CPP, tratando-se, igualmente, da chamada *notitia criminis* de cognição indireta. Diversamente da requisição (ordem), nos casos de requerimento, se não houver elementos suficientes, a autoridade policial pode indeferir o pedido de instauração do inquérito, caso em que, de acordo com o art. 5º, § 2º, do CPP, cabe recurso para o chefe de polícia.

**D Auto de prisão em flagrante:** é a chamada *notitia criminis* de cognição coercitiva. Com a apresentação do preso à autoridade policial, instaura-se o inquérito.

**E “Delatio criminis”:** trata-se da *notitia criminis* oferecida por qualquer do povo, nos moldes do art. 5º, § 3º, do CPP.

**? QUESTÃO:** O inquérito pode ser iniciado a partir de “denúncia anônima”?

**➔ RESPOSTA:** *Há controvérsia acerca da admissibilidade da “delatio criminis” apócrifa, popularmente chamada “denúncia anônima”. O STF já se manifestou pela impossibilidade de instauração de procedimento criminal baseado única e exclusivamente em denúncia anônima, ressaltando que a Constituição da República, no art. 5º, IV, veda o anonimato. Assim, antes de instaurar o inquérito, deve a autoridade policial verificar a procedência das informações. Em decisão recente, a 2ª Turma do STF admitiu a instauração de inquérito policial com base em “denúncia anônima”, desde que a autoridade policial confirme, em apuração sumária e preliminar, a verossimilhança do crime supostamente cometido (STF, HC 106.664/SP). A doutrina, a seu turno, tem admitido a instauração de inquérito com base em “denúncia anônima”, com recomendação, apenas, de que a autoridade policial proceda com cautela ao instaurar a investigação nesses casos.*

As hipóteses acima mencionadas são aplicáveis aos delitos de ação penal de iniciativa pública incondicionada. **Nos crimes de ação penal de iniciativa pública condicionada, a instauração da investigação se dá mediante representação do ofendido (art. 5º, § 4º, CPP), ou requisição do Ministro da Justiça. Na ação penal de iniciativa privada, a investigação somente se inicia mediante requerimento do ofendido ou seu representante legal (art. 5º, § 5º, CPP).**

No **Exame Unificado da OAB de julho de 2011** foi indagado se “nos crimes de ação privada, a autoridade policial poderá proceder a inquérito a requerimento de qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal”, sendo que a resposta é negativa, vez que a legitimidade é da vítima ou seu representante legal.

#### 4. PROVIDÊNCIAS MAIS COMUNS NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL

O Código de Processo Penal, de forma didática, trouxe no art. 6º as diligências mais comuns na investigação criminal, visando à apuração da materialidade e dos indícios de autoria da infração penal. São elas:

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

**B** apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais. Tais objetos devem acompanhar o inquérito (art. 11 do CPP). Alguns bens são, inclusive, passíveis de perdimento, como efeito da sentença penal condenatória (art. 91, II, “a” do Código Penal);

**C** colher todas as provas (informações) que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

**D** ouvir o ofendido;

**E** ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, das disposições pertinentes ao interrogatório judicial, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que tenham ouvido sua leitura;

**F** proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, e a acareações;

**G** determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias. O exame de corpo de delito é indispensável em infrações penais que deixam vestígios, devendo necessariamente a autoridade policial determinar sua feitura, independente de requerimento (art. 184 do CPP);

**H** ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes. Quanto à identificação datiloscópica, ou seja, colheita de impressão digital do investigado, a questão está disciplinada no **art. 5º, LVIII, da Constituição da República**, e na **Lei 12.037, de 2009**. Pelo dispositivo constitucional, o civilmente identificado somente pode ser submetido à identificação criminal nas hipóteses previstas em lei (atualmente, na **Lei 12.037/09**, que, em seu art. 3º, prevê as hipóteses em que o civilmente identificado pode ser submetido ao procedimento datiloscópico de identificação);

**I** 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 contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

**J** 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.

Recomenda-se a leitura da Lei 12.037/09, que disciplina a identificação criminal. Tal diploma, com o advento da Lei 12.654/12, passou a disciplinar a possibilidade de identificação de perfil genético.

Recomenda-se, também, a leitura da Lei 12.850/13, que versa sobre a criminalidade organizada, disciplinando mecanismos excepcionais de investigação, como a infiltração de agentes.

A Lei 13.441/17 também inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) disposições acerca do mecanismo excepcional de investigação de infiltração de agentes de polícia, nos casos de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescente (art. 190-A e seguintes da Lei 8.69/90).

A Lei 13.505/17, por sua vez, alterou a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), dispondo acerca de garantias conferidas no curso da investigação à mulher vítima de violência doméstica, e ainda determinando prioridade na criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher.

Por fim, cabe apontar para a necessidade de conhecimento acerca da Lei 13.260/16, que versa sobre a prática de atos de terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais.

**É importante a leitura das leis acima referidas, que trazem aspectos relevantes em matéria de investigação criminal.**



**DICA  
IMPORTANTE**

A autoridade policial tem, dentro da lei, ampla liberdade na condução das investigações. Assim, no **Exame Unificado da OAB de julho de 2011** foi perguntado se “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”, o que está correto, **não havendo qualquer impedimento à realização da providência.**

**? QUESTÃO:** O que é indiciamento?

**➡ RESPOSTA:** *Dá-se o nome de indiciamento ao ato privativo da autoridade policial, pelo qual se atribui a autoria de uma infração penal a determinada pessoa, a partir da convergência concreta de elementos. O indiciamento pode ser direto (quando presente o indiciado), ou indireto (quando o indiciado estiver ausente).*

## 5. PRAZO PARA CONCLUSÃO DAS INVESTIGAÇÕES

Quanto ao prazo para a conclusão das investigações, a regra é consagrada no art. 10, *caput*, do CPP. O inquérito deve terminar no prazo de **10 (dez) dias**,

estando o investigado preso. Se estiver solto, o inquérito deverá terminar em **30 (trinta) dias**. No caso de investigado **solto**, o prazo para o término das investigações é impróprio, admitindo **prorrogações** (art. 10, § 3º, CPP). Em se tratando de investigado **preso**, **não se admite prorrogação** e, em caso de excesso de prazo sem razoabilidade, caracterizava-se constrangimento ilegal, autorizando o relaxamento de prisão.

Todavia, a questão foi alterada com o advento da Lei 13.964/19, que previu no art. 3-B, § 2º do CPP que “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”. Logo, estando o investigado preso, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 10 (dez) dias, mas é permitida, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, a prorrogação da duração do inquérito por 15 (quinze) dias, uma única vez. Ultrapassado este prazo sem conclusão das investigações, a prisão torna-se ilegal e deve ser relaxada.

Em casos de delitos de competência da Justiça Federal, o prazo para conclusão das investigações é de **15 (quinze) dias**, estando o investigado preso (art. 66, Lei 5.010/66), aplicando-se a regra geral de **30 (trinta) dias**, caso o investigado esteja solto.

Em se tratando de crime previsto na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), o prazo para conclusão das investigações é de **30 (trinta) dias**, caso esteja preso o investigado, e **90 (noventa) dias**, se estiver solto, admitindo-se, em ambas as hipóteses, prorrogação por uma vez, em igual período (art. 51 da Lei 11.343/06). Por fim, em crimes contra a economia popular, o prazo de conclusão das investigações é de **10 (dez) dias**, esteja preso ou solto o investigado (art. 10, § 1º, da Lei 1.521/51).

Concluídas as investigações, a autoridade policial deve elaborar um **relatório** (art. 10, § 1º, do CPP).

## 6. ARQUIVAMENTO E DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Diante das informações trazidas pelo inquérito, o Ministério Público pode, fundamentalmente, adotar três posturas: **a) oferecer a denúncia; b) manifestar-se pelo arquivamento; c) requisitar diligências que entender imprescindíveis.**

Assim, é correto afirmar que “O MP, caso entenda serem necessárias novas diligências, por considerá-las imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, poderá

requerer a devolução do inquérito à autoridade policial” (**Exame Unificado da OAB de janeiro de 2009**).

O Ministério Público pode, ainda, manifestar-se pelo arquivamento do inquérito. O arquivamento do inquérito policial deve ser entendido como a paralisação das investigações.

As hipóteses autorizadoras do arquivamento são aquelas em que haveria a rejeição da denúncia. Como exemplos, podem ser mencionadas:

- **atipicidade** da conduta;
- hipótese evidente de **exclusão da ilicitude** da conduta ou da **culpabilidade** do agente (salvo inimizabilidade por doença mental, em que a persecução penal tem seu curso regular, para eventual aplicação de medida de segurança);
- **extinção de punibilidade** e
- **ausência de um mínimo de provas, suficiente para inaugurar a persecução criminal (justa causa)**.

Considere a seguinte situação, extraída de questão do **Exame Unificado da OAB de abril de 2013**: “Na cidade ‘A’, o Delegado de Polícia instaurou inquérito policial para averiguar a possível ocorrência do delito de estelionato praticado por Márcio, tudo conforme minuciosamente narrado na requisição do Ministério Público Estadual. Ao final da apuração, o Delegado de Polícia enviou o inquérito devidamente relatado ao Promotor de Justiça. No entendimento do *parquet*, a conduta praticada por Márcio, embora típica, estaria prescrita”. Nesse caso, o promotor deverá manifestar-se pelo arquivamento do inquérito, pois a prescrição implica a extinção de punibilidade do fato.

Se o fundamento para arquivamento das investigações for a ausência de provas suficientes (justa causa), o inquérito pode ser **desarquivado**, diante do surgimento de **novas provas** (Súmula 524, do STF e art. 18, do CPP). Nesse caso, “arquivado o inquérito a requerimento do Ministério Público, nova ação penal não pode ser iniciada sem novas provas” (**Exame Unificado da OAB de dezembro de 2006**). Prova nova, que autoriza o desarquivamento do inquérito, é aquela que altere de maneira significativa o contexto dos fatos e do procedimento.

A autoridade policial pode prosseguir nas investigações, buscando novas provas, mesmo depois de arquivado o inquérito.

O procedimento para arquivamento do inquérito, no âmbito da Justiça Estadual, encontra disciplina no art. 28 do CPP. De acordo com a redação original do

dispositivo, cabe ao Ministério Público requerer ao juiz o arquivamento do inquérito policial. Caso o juiz discorde das razões para o arquivamento invocadas pelo Ministério Público, deve providenciar a remessa do inquérito ou demais peças de informação ao **Procurador-Geral de Justiça**, que, se entender ser caso de oferecer a denúncia, oferecer a peça acusatória, ou designar outro integrante do Ministério Público para oferecê-la. Prevalece que, por estar agindo por delegação, como *longa manus* do Procurador-Geral, o promotor designado estará obrigado a denunciar. Caso o Procurador-Geral de Justiça, ao receber o inquérito remetido pelo juiz, entender que seria caso de arquivamento, o juiz estará obrigado a atendê-lo, determinando o arquivamento do inquérito ou outras peças de informação. A decisão que determina o arquivamento do inquérito é, de regra, **irrecorrível**, salvo nos casos de crimes contra a economia popular (art. 7º, da Lei 1.521/51), e nas contravenções tipificadas nos art. 58 e 60 do Decreto-Lei 6.259/44.

Todavia, a disciplina do arquivamento do inquérito policial seria substancialmente alterada com o advento da Lei 13.964/19. Com a nova redação conferida ao art. 28, *caput*, do Código de Processo Penal pela referida lei, caso seja “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”. Ou seja, a partir do advento da Lei 13.964/19 o juiz não mais se manifesta acerca do arquivamento do procedimento investigativo, ficando a questão no âmbito do Ministério Público.

Ainda de acordo com o § 1º da nova redação do art. 28, do Código de Processo Penal, “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”.

Por sua vez, dispõe o § 2º do art. 28 do Código de Processo Penal que “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.”

Todavia, atualmente a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito pela Lei 13.964/19 encontra-se suspensa por decisão cautelar do Ministro do STF Luiz Fux, relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305.