

Informativo comentado: Informativo 1036-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

- *É inconstitucional lei estadual que veda o corte do fornecimento de água e luz, em determinados dias, pelas empresas concessionárias, por falta de pagamento.*
- *É constitucional lei estadual do trote telefônico.*

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

- *Tribunal de Justiça pode julgar ADI contra lei municipal tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que seja uma norma de reprodução obrigatória.*

DEFENSORIA PÚBLICA

- *Defensor Público não precisa ser inscrito na OAB para exercer suas funções.*
- *A Defensoria Pública pode prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas que preencham os requisitos constitucionais.*
- *Municípios podem instituir a prestação de assistência jurídica à população de baixa renda.*

DIREITO PENAL

INJÚRIA RACIAL

- *O crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

- *A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia?*

DIREITO DO TRABALHO

CONTRATO DE TRABALHO

- *É admissível a celebração de “contrato de parceria” entre salões de beleza e profissionais do setor, desde que não haja a intenção de burlar normas trabalhistas.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

É inconstitucional lei estadual que veda o corte do fornecimento de água e luz, em determinados dias, pelas empresas concessionárias, por falta de pagamento

Compete à União definir regras de suspensão e interrupção do fornecimento dos serviços de energia elétrica.

Em razão disso, é inconstitucional lei estadual que proíbe que as empresas concessionárias ou permissionárias façam o corte do fornecimento de água, energia elétrica e dos serviços de telefonia, por falta de pagamento, em determinados dias (ex: sextas-feiras, vésperas de feriados etc.).

STF. Plenário. ADI 5798/TO, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

Obs1: vide Lei nº 14.015/2020, que alterou a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 13.460/2017.

Obs2: cuidado com o entendimento excepcional do STF durante o período da pandemia da Covid-19 (STF. Plenário. ADI 6588/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 28/5/2021. Info 1019).

A situação concreta foi a seguinte:

O Estado de Tocantins editou a Lei nº 3.244/2017 proibindo o corte no fornecimento de energia elétrica e água, nos horários e dias determinados, naquela unidade da Federação.

Veja a redação da Lei:

Art. 1º É proibida, no âmbito do Estado do Tocantins, a suspensão do fornecimento de energia elétrica e água tratada pelas concessionárias, por falta de pagamento de seus usuários:

I - entre 12h de sexta-feira e 8h da segunda-feira;

II - entre as 12h do dia útil anterior e 8h do dia subsequente a feriado nacional, estadual ou municipal.

ADI

A Associação Brasileira de Distribuidores De Energia Elétrica - ABRADDEE ajuizou ADI contra essa previsão alegando que ela usurpou a competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica, violou a reserva de lei federal para dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público federal e afrontou o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

O STF concordou com o pedido?

SIM. O STF julgou procedente o pedido e decidiu que a referida lei é inconstitucional:

Compete à União definir regras de suspensão e interrupção do fornecimento dos serviços de energia elétrica.

STF. Plenário. ADI 5798/TO, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

A Constituição Federal outorgou competência privativa à União Federal para legislar sobre “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão” (art. 22, IV), sem prejuízo, no entanto, de os Estados-membros legislarem a respeito de questões específicas relacionadas à matéria, desde que autorizados por delegação concedida por meio de lei complementar federal (art. 22, parágrafo único).

Além disso, a Constituição brasileira, ao tratar da competência material concernente à exploração dos serviços de energia elétrica, atribuiu ao Poder Público federal, com exclusividade, a prestação dos serviços públicos em questão, instituindo um regime de monopólio (art. 21, XII, “b”) e autorizando a União a

exercer essa função estatal por via indireta, através da utilização dos instrumentos administrativos de delegação de tais atividades privativas do Estado a agentes do setor privado (concessão, permissão ou autorização), resguardado, no entanto, à União, como Poder concedente, o papel de agente normativo e regulador, a quem incumbe, por meio de lei federal, a disciplina normativa do regime especial a que estão submetidas as empresas concessionárias no cumprimento das atividades delegadas (art. 175, parágrafo único).

Para esse fim, a União, por meio da Lei nº 9.427/96, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), entidade autárquica integrante da Administração Pública Federal indireta dotada de autonomia administrativa e financeira, outorgando-lhe a função de órgão regulador da produção, da transmissão, da distribuição e da comercialização de energia elétrica (art. 2º), com competência para organizar e administrar a prestação dos serviços públicos de energia elétrica em todo o território nacional e para adotar as medidas necessárias à implementação da Política Nacional elaborada, conjuntamente, pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional referente a esse setor econômico.

Cabe assinalar que a Constituição Federal, ao atribuir à União, com privatividade absoluta, a competência material para a prestação dos serviços públicos de energia elétrica (art. 21, XII, “b”), autorizou a exploração indireta dessa atividade estatal, mediante delegação a terceiros, estabelecendo, ainda, que, nessa situação, o Poder Público Federal deverá, por meio de lei nacional (art. 175, “caput” e parágrafo único), editada pelo Congresso Nacional (art. 48, XII), disciplinar o regime especial a que estão sujeitas as empresas concessionárias e permissionárias dos serviços públicos em questão, os direitos dos usuários e as obrigações das prestadoras, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado, além de todos os demais aspectos relacionados à exploração dos serviços de energia elétrica.

Desse modo, a União possui competência exauriente em tema de serviços de energia elétrica. Justamente por isso, a intervenção legislativa, por parte dos Estados-membros, no âmbito desse domínio temático, somente seria possível se tivesse sido autorizada por meio da edição de lei complementar federal (art. 22, parágrafo único).

Vale ressaltar que a ANEEL, para atender seu propósito de fiar “as condições gerais de fornecimento de energia elétrica” no Brasil, após a realização de Audiência Pública (em 2008) e de Consulta Pública (em 2009), contando com ampla participação de agentes que atuam no setor energético e de representantes da sociedade brasileira em geral, editou a Resolução Normativa nº 414/2010, que dispõe, de forma integral, sobre a suspensão ou a interrupção, pelas empresas concessionárias, do fornecimento dos serviços de energia elétrica, em decorrência da mora ou do inadimplemento por parte dos usuários.

Segundo entendimento jurisprudencial firmado pelo STF, a existência de regulamento setorial específico editado pelo órgão regulador competente (a ANEEL, no caso), disciplinando, de forma exauriente, as regras a serem observadas pelas empresas concessionárias, para efeito de suspensão ou de interrupção do fornecimento de energia elétrica ao consumidor em razão do inadimplemento do usuário, impede que as demais Unidades da Federação, a pretexto de exercerem sua competência concorrente, estabeleçam normas regionais conflitantes com o modelo normativo instituído, em âmbito nacional, pela agência reguladora federal.

Por essa razão, mostra-se inconstitucional a lei estadual que, a pretexto de exercer a sua competência suplementar em matéria de “consumo” (art. 24, V) ou de “responsabilidade por dano (...) ao consumidor” (art. 24, VIII), edita norma dirigida às empresas prestadoras de serviços de energia elétrica, dispondo sobre direitos dos usuários e obrigações das concessionárias, usurpando, em consequência, a competência legislativa privativa outorgada à União Federal em tema de “energia” (art. 22, IV) e intervindo, indevidamente, no âmbito das relações contratuais entre o Poder concedente e as empresas delegatárias de tais serviços públicos.

Em resumo

Cabe à União, de forma privativa, legislar sobre energia, bem como dispor acerca do regime de exploração do serviço de energia elétrica, aí incluídas as medidas de suspensão ou interrupção de seu fornecimento.

No caso, a norma impugnada não se restringiu à proteção do consumidor, pois, ao estipular regras pertinentes à suspensão do fornecimento dos serviços de energia elétrica, interferiu efetivamente no conteúdo dos contratos administrativos firmados entre a União e as respectivas empresas concessionárias.

Conclusão

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “de energia elétrica” constante do art. 1º da Lei 3.244/2017 do Estado do Tocantins. Vencido o ministro Edson Fachin.

DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

NOVIDADE LEGISLATIVA - Lei nº 14.015/2020

A Lei nº 14.015/2020 alterou a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 13.460/2017 e, em parte, previu regras parecidas a que foram estabelecidas pela lei estadual acima analisada.

Confira os dispositivos inseridos na Lei nº 13.460/2017:

Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

(...)

XVI – comunicação prévia ao consumidor de que o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial.

Parágrafo único. A taxa de religação de serviços não será devida se houver descumprimento da exigência de notificação prévia ao consumidor prevista no inciso XVI do caput deste artigo, o que ensejará a aplicação de multa à concessionária, conforme regulamentação.

Art. 6º São direitos básicos do usuário:

(...)

VII – comunicação prévia da suspensão da prestação de serviço.

Parágrafo único. É vedada a suspensão da prestação de serviço em virtude de inadimplemento por parte do usuário que se inicie na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como em feriado ou no dia anterior a feriado.

A Lei nº 14.015/2020 inseriu o § 4º ao art. 6º da Lei nº 8.987/95 com a seguinte redação:

Art. 6º (...)

§ 4º A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado.

Como a Lei nº 14.015/2020 foi editada pela União, ela é formalmente constitucional.

Outra informação complementar importante que gostaria de destacar é o fato de que, durante a pandemia, o STF, excepcionalmente, admitiu como constitucionais algumas leis estaduais versando sobre garantias aos usuários dos serviços de energia elétrica:

São constitucionais as normas estaduais, editadas em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, pelas quais veiculados a proibição de suspensão do fornecimento do serviço de energia elétrica, o modo de cobrança, a forma de pagamentos dos débitos e a exigibilidade de multa e juros moratórios.

As normas objetivam regulamentar a relação entre o usuário do serviço e a empresa concessionária, tratando-se, portanto, essencialmente de normas sobre defesa e proteção dos direitos do consumidor e da saúde pública.

STF. Plenário. ADI 6432/RR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 7/4/2021 (Info 1012).

Atendida a razoabilidade, é constitucional legislação estadual que prevê a vedação do corte do fornecimento residencial dos serviços de energia elétrica, em razão do inadimplemento, parcelamento do débito, considerada a crise sanitária.

STF. Plenário. ADI 6588/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 28/5/2021 (Info 1019).

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA É constitucional lei estadual do trote telefônico

Importante!!!

ODS 8 E 16

É constitucional norma estadual que determine que as prestadoras de serviço telefônico são obrigadas a fornecer, sob pena de multa, os dados pessoais dos usuários de terminais utilizados para passar trotes aos serviços de emergência.

STF. Plenário. ADI 4924/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/11/2021 (Info 1036).

A situação concreta foi a seguinte:

No Estado do Paraná foi editada a Lei nº 17.107/2012, que prevê multa para quem passar trotes telefônicos envolvendo remoções ou resgates, combate a incêndios, ocorrências policiais ou atendimento de desastres.

Veja os principais dispositivos da Lei:

Art. 1º Fica instituída a aplicação de multa ao proprietário de linha telefônica responsável pelo acionamento indevido dos serviços telefônicos de atendimento a emergências envolvendo remoções ou resgates, combate a incêndios, ocorrências policiais ou atendimento de desastres. Parágrafo único. Entende-se por acionamento indevido aquele originado de má-fé ou que não tenha como objeto o atendimento a emergência ou situação real que venha a justificar o acionamento, salvo nos casos de erro justificável.

Art. 2º Os órgãos e instituições públicas, responsáveis pela prestação dos serviços de emergência aqui tratados, deverão anotar o número telefônico de onde se originou o trote e enviar ofício às empresas prestadoras de serviços telefônicos para que essas informem os dados do proprietário. § 1º As empresas prestadoras de serviços telefônicos terão o prazo de 30 (trinta) dias para fornecer as informações, sob pena de multa de 20 UPF/PR (Unidade Padrão Fiscal do Paraná), duplicando-se tal valor em caso de reincidência.

§ 2º As ligações originadas de telefones públicos serão anotadas em relatório separado para futuro levantamento de incidência geográfica e posterior identificação pelo órgão competente, podendo ser adotadas medidas preventivas.

§ 3º Havendo possibilidade da identificação do autor do acionamento indevido por telefones públicos, esse será responsabilizado e deverá ser penalizado na forma desta Lei.

Art. 3º Identificados os proprietários da linha telefônica ou os responsáveis pelo acionamento indevido, na forma prevista no artigo anterior, serão enviados os relatórios ao órgão estadual

competente que adotará as medidas cabíveis, inclusive a lavratura do Auto de Infração e o envio da multa ao endereço do infrator.

Parágrafo único. Após o recebimento do Auto de Infração, os proprietários da linha telefônica ou os responsáveis pelo acionamento indevido terão o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar defesa por escrito junto ao órgão competente, que poderá acatar o pedido cancelando a aplicação da multa.

ADI

A Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL ajuizou ADI contra essa lei.

Para a autora, a norma seria formalmente inconstitucional por invasão de competência da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, prevista no art. 22, IV, da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Além disso, segundo a Associação, as normas seriam materialmente inconstitucionais, por violarem o sigilo de dados sem ordem judicial, tendo em vista que a norma prescreve que devem ser reveladas às autoridades administrativas estaduais as informações dos usuários do telefone, mediante simples ofício enviado à empresa concessionária.

Seria materialmente inconstitucional por violar também a privacidade e o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, constantes no art. 5º, X e XII, da CF/88, matérias que recaem no campo da reserva da jurisdição.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O STF concordou com esses argumentos? A referida lei é inconstitucional?

NÃO. A Lei é constitucional, conforme decidiu o STF:

É constitucional norma estadual que determine que as prestadoras de serviço telefônico são obrigadas a fornecer, sob pena de multa, os dados pessoais dos usuários de terminais utilizados para passar trotes aos serviços de emergência.

STF. Plenário. ADI 4924/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/11/2021 (Info 1036).

Inconstitucionalidade formal

Sob o aspecto formal, não há se falar em violação aos arts. 21, XI, e art. 22, IV, da Constituição Federal. Isso porque a lei estadual não traz regras sobre a prestação dos serviços de telecomunicações, sobre as relações da concessionária com o usuário ou ainda sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A norma impugnada trata, na verdade, de questão de direito administrativo relativa à assistência e à segurança pública que se encontra dentro da competência legislativa residual dos Estados-membros, nos termos do art. 25, §1º, da CF/88:

Art. 25 (...)

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Além disso, a competência material para cuidar dessas questões é atribuída a todos os entes federativos, conforme previsão do art. 23, II, c/c art. 144, ambos da CF/88.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Assim, a lei estadual é uma norma de direito administrativo que prevê o compartilhamento de informações cadastrais já existentes nos bancos de dados das empresas concessionárias para apurar ilícitos administrativos.

Inconstitucionalidade material

No mesmo sentido, não há qualquer inconstitucionalidade material por violação à intimidade, à vida privada ou ao direito de proteção dos dados dos usuários, bem como à cláusula de reserva de jurisdição, nos termos estabelecidos pelo art. 5º, X e XII, da CF/88.

Não se deve ignorar a importância dos referidos direitos fundamentais. Contudo, é igualmente relevante asseverar que não existem direitos fundamentais absolutos, sendo legítima a imposição de restrições por parte do legislador em hipóteses de conflitos com outros direitos e princípios de natureza constitucional, desde que observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O afastamento parcial desses preceitos constitucionais em casos de “trotes telefônicos” constitui medida proporcional e necessária à garantia da prestação eficiente dos serviços de emergência contra a prática de ilícitos administrativos, inexistindo qualquer outra medida que favoreça a higidez dessas atividades, que envolvem o atendimento a direitos fundamentais de terceiros, com um menor grau de afetação dos direitos contrapostos.

Destaque-se que a autorização legislativa para o acesso administrativo de dados cadastrais não significa que o Poder Executivo estadual esteja autorizado a monitorar ou acessar indiscriminadamente os dados pessoais de todos os cidadãos. A lei deve estabelecer uma finalidade claramente delimitada para acesso aos dados, com hipóteses legais específicas e a possibilidade de controle posterior que devem ser interpretadas de acordo com os dispositivos constitucionais indicados, de modo a se manter hígida a norma e o objetivo previsto pelo legislador estadual.

Conclusão

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, conheceu em parte da ação direta e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado para declarar a constitucionalidade do art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 17.107/2012 do Estado do Paraná.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tribunal de Justiça pode julgar ADI contra lei municipal tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que seja uma norma de reprodução obrigatória

Importante!!!

É constitucional o dispositivo de constituição estadual que confere ao tribunal de justiça local a prerrogativa de processar e julgar ação direta de constitucionalidade contra leis e atos normativos municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos estados.

STF. Plenário. ADI 5647/AP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

A situação concreta foi a seguinte:

O art. 133, II, “m”, da Constituição do Estado do Amapá estabelece que:

Art. 133. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, além das competências elencadas no inciso I do art. 96 da Constituição Federal:

(...)

II - processar e julgar, originariamente:

(...)

m) a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual e de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal, observado o disposto no art. 97 desta última;

O Procurador-Geral da República propôs ADI contra a expressão “de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal” alegando que essa previsão seria inconstitucional por violar os arts. 25, 102, § 1º, e 125, § 2º, da CF/88.

Segundo o autor, não é possível que, na esfera estadual, o Tribunal de Justiça, em sede de controle concentrado, analise se uma lei ou ato normativo municipal é compatível com a Constituição Federal. Para o PGR, somente o Supremo Tribunal Federal poderia fazer isso, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

O que decidiu o STF?

Antes de verificar o que o STF decidiu neste caso concreto, vamos fazer uma ampla revisão sobre o tema para que você possa compreender melhor o resultado.

É possível que uma lei ou ato normativo municipal seja impugnada por meio de ADI proposta no Supremo Tribunal Federal?

NÃO. A CF/88 somente autoriza que seja proposta ADI no STF contra lei ou ato normativo FEDERAL ou ESTADUAL. Veja:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Vale ressaltar que é cabível ADPF contra lei municipal.

É possível que uma lei ou ato normativo municipal seja impugnado por meio de ADI proposta no Tribunal de Justiça?

SIM. A CF/88 autorizou essa possibilidade, determinando que o tema seja tratado nas Constituições estaduais. Confira:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais OU MUNICIPAIS em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

A CF/88 utilizou o termo “representação de inconstitucionalidade”, mas é plenamente possível que a chamemos de “ação direta de inconstitucionalidade estadual” (ADI estadual).

Parâmetro (ou norma de referência)

Em controle de constitucionalidade, quando falamos em “parâmetro”, queremos dizer quais serão as normas da Constituição que serão analisadas para sabermos se a lei ou o ato normativo atacado realmente as violou. Em outras palavras, parâmetro são as normas que servirão como referência para que o Tribunal analise se determinada lei é ou não inconstitucional. Se a lei está em confronto com o parâmetro, ela é inconstitucional.

Quando é proposta uma ADI no STF contra lei federal ou estadual, qual é o parâmetro que será analisado pelo Tribunal?

A Constituição Federal. Isso inclui: normas originárias, emendas constitucionais, normas do ADCT e tratados internacionais de direitos humanos aprovados por 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.

Assim, quando o autor propõe uma ADI no STF contra determinada lei, ele está dizendo que esta lei viola a CF/88 (parâmetro).

Quando é proposta uma ADI no TJ contra lei municipal, qual é o parâmetro que será analisado pelo Tribunal?

A Constituição Estadual. Isso está expressamente previsto no § 2º do art. 125 da CF/88: “§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (...)”.

Assim, em regra, quando o Tribunal de Justiça julga uma ADI proposta contra lei ou ato normativo estadual ou municipal, ele deverá analisar se esta lei ou ato normativo viola ou não algum dispositivo da Constituição Estadual.

Quando o TJ julga uma ADI contra lei estadual ou municipal, ele poderá declará-la inconstitucional sob o argumento de que viola um dispositivo da Constituição Federal?

Em regra, não. Isso porque, como vimos acima, o parâmetro da ADI proposta perante o TJ é a Constituição Estadual (e não a Constituição Federal).

Assim, em regra, na ADI estadual, o TJ irá analisar se a lei ou ato normativo atacado viola ou não a Constituição Estadual. Este é o parâmetro da ação. O TJ não pode examinar se o ato impugnado ofende a Constituição Federal. O STF, em reiteradas oportunidades, já decidiu sobre o tema:

Não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 20/09/2006.

Logo, o TJ não pode dizer o seguinte: julgo a presente representação de inconstitucionalidade porque a Lei municipal XX/2015 viola o art. YY da Constituição Federal de 1988.

Exceção

A regra acima exposta comporta uma exceção.

Os Tribunais de Justiça, ao julgarem a representação de inconstitucionalidade proposta contra lei municipal, poderão declará-la inconstitucional utilizando como parâmetro dispositivos da Constituição Federal, desde que eles sejam normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

Normas de reprodução obrigatória

Normas de reprodução obrigatória são dispositivos da Constituição Federal de 1988 que, como o próprio nome indica, devem ser repetidos nas Constituições Estaduais.

As normas de reprodução obrigatória são também chamadas de "normas de observância obrigatória" ou "normas centrais".

Importante esclarecer que, se uma norma é de reprodução obrigatória, considera-se que ela está presente na Constituição Estadual mesmo que a Carta estadual seja silente. Ex: a CF/88 prevê que os Municípios são autônomos (art. 18). Trata-se de norma de reprodução obrigatória. Isso significa que, mesmo se a Constituição Estadual não disser que os Municípios são autônomos, ainda assim considera-se que essa regra está presente na Carta Estadual.

Confira a explicação do Ministro Luis Roberto Barroso, para quem normas de reprodução obrigatória são:

“as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais – afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local.” (Rcl 17954 AgR/PR).

Não existe um artigo da Constituição Federal que diga quais são as normas de reprodução obrigatória. Isso foi uma “construção” da jurisprudência do STF, ou seja, em diversos julgados o Tribunal foi mencionando quais as normas seriam de reprodução obrigatória.

Como exemplos de normas de reprodução obrigatória podemos citar as regras da Constituição Federal que tratam sobre organização político-administrativa, competências, separação dos Poderes, servidores públicos, processo legislativo, entre outras.

Veja a importante lição de Marcelo Novelino sobre o tema:

“(…) Diversamente da Carta anterior, que as relacionava expressamente (CF/1967-1969, art. 13, I, III e IX), na Constituição de 1988 as normas de observância obrigatória não foram elencadas de forma textual. Adotou-se uma formulação genérica que, embora teoricamente conferira maior liberdade de auto-organização aos Estados-membros, cria o risco de possibilitar interpretações excessivamente amplas na identificação de tais normas. (...)

(...)

As normas de observância obrigatória são diferenciadas em três espécies. Os princípios constitucionais sensíveis representam a essência da organização constitucional da federação brasileira e estabelecem limites à autonomia organizatória dos Estados-membros (CF, art. 34, VII). Os princípios constitucionais extensíveis consagram normas organizatórias para a União que se estendem aos Estados, por previsão constitucional expressa (CF, arts. 28 e 75) ou implícita (CF, art. 58, § 3.º; arts. 59 e ss.). Os princípios constitucionais estabelecidos restringem a capacidade organizatória dos Estados federados por meio de limitações expressas (CF, art. 37) ou implícitas

(CF, art. 21).” (NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 82).

Resumindo:

- Em regra, quando os Tribunais de Justiça exercem controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais deverão examinar a validade dessas leis à luz da Constituição Estadual.
- Exceção: os Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

Exemplos da exceção:

Ex1: Município do Paraná aprovou lei tratando sobre direito do trabalho; foi proposta uma ADI estadual no TJ contra esta lei; o TJ poderá julgar a lei inconstitucional alegando que ela viola o art. 22, I, da CF/88 (mesmo que a Constituição do Estado não tenha regra semelhante); isso porque essa regra de competência legislativa é considerada como norma de reprodução obrigatória. Nesse sentido: STF. 1ª Turma. Rcl 17954 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21/10/2016.

Ex2: Município do Rio Grande do Sul editou lei criando gratificação para o Prefeito fora do regime de subsídio, o que violaria o art. 39, § 4º, da CF/88; o TJ/RS poderá julgar a lei municipal inconstitucional utilizando como parâmetro este dispositivo da Constituição Federal; isso porque a regra sobre o subsídio para membros de Poder e detentores de mandato eletivo é considerada norma de reprodução obrigatória. Nesse sentido: STF. Plenário. Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/02/2017 (repercussão geral).

Tese fixada pelo STF

O tema acima exposto foi enfrentado pelo STF em um recurso extraordinário julgado sob a sistemática da repercussão geral, tendo sido fixada a seguinte tese:

Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos estados.

STF. Plenário. RE 650898/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 1º/2/2017 (Repercussão Geral – Tema 484) (Info 852).

Obs: a tese acima fala em “leis municipais”, mas ela também pode ser aplicada para representações de inconstitucionalidade propostas no TJ contra “leis estaduais”. A tese falou apenas de leis municipais porque foi o caso analisado no recurso extraordinário.

Recurso

Se a representação de inconstitucionalidade sustentar que a norma apontada como violada (parâmetro) é uma norma de reprodução obrigatória, então, neste caso, caberá recurso extraordinário para o STF contra a decisão do TJ.

Sobre o tema:

(...) Tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade da competência do Tribunal de Justiça local – lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual –, somente é admissível o recurso extraordinário diante de questão que envolva norma da Constituição Federal de reprodução obrigatória na Constituição estadual. (...)

STF. 2ª Turma. RE 246903 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/11/2013.

Desse modo, Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Contra esta decisão, cabe recurso extraordinário.

Vale ressaltar que a decisão do STF neste recurso extraordinário terá eficácia *erga omnes* porque foi proferida em um processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Terminada a revisão, voltemos ao caso concreto. O STF, ao apreciar essa previsão da Constituição do Estado do Amapá, reiterou seu entendimento sobre o tema e afirmou que:

É constitucional o dispositivo de constituição estadual que confere ao tribunal de justiça local a prerrogativa de processar e julgar ação direta de constitucionalidade contra leis e atos normativos municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos estados.

STF. Plenário. ADI 5647/AP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

As normas constitucionais de reprodução obrigatória, por possuírem validade nacional, integram a ordem jurídica dos Estados-membros ainda quando omissas em suas Constituições estaduais, inexistindo qualquer discricionariedade em sua incorporação pelo ordenamento local.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação direta para dar interpretação conforme à CF ao art. 133, II, “m”, da Constituição do Estado do Amapá. Em outras palavras, o STF afirmou que esse dispositivo da CE/AP é constitucional, mas desde que seja interpretado conforme exposto acima (apenas para normas de reprodução obrigatória).

Veja como o tema já foi cobrado em prova:

☑ (TJRS-2018-VUNESP): Conforme já decidido pelo STF, em matéria de controle de constitucionalidade, inexistente usurpação de competência do STF quando os Tribunais de Justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais ante normas constitucionais estaduais que reproduzam regras da Constituição Federal que sejam de observância obrigatória. (VERDADEIRA)

☑ (Auditor Fiscal de Tributos Estaduais/SEFIN-RO-2018-FGV): O Tribunal de Justiça do Estado Alfa foi instado a realizar o controle concentrado de constitucionalidade de lei do Município Beta. O autor da ação argumentava que teriam sido violados: (I) o Art. 10 da Constituição Estadual, que reproduzia literalmente preceito da Constituição da República; e (II) o Art. 39 da Constituição da República, pois é considerada norma de reprodução obrigatória, e a Constituição Estadual sujeitou os servidores às “normas constitucionais que lhes sejam aplicáveis”. Considerando o paradigma de confronto passível de ser utilizado pelo Tribunal de Justiça no controle concentrado de constitucionalidade, assinale a afirmativa correta: A ação pode ser conhecida em relação a ambos os fundamentos, pois o Tribunal de Justiça pode utilizar como parâmetro as normas da Constituição Estadual e as da Constituição da República de reprodução obrigatória. (VERDADEIRA)

DEFENSORIA PÚBLICA

Defensor Público não precisa ser inscrito na OAB para exercer suas funções

Importante!!!

ODS 8 E 16

Não se harmoniza com a Constituição Federal o art. 3º da Lei 8.906/1994 ao estatuir a dupla sujeição ao regime jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ao da Defensoria Pública, federal ou estadual.

Tese fixada pelo STF:

É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

STF. Plenário. RE 1240999/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 3/11/2021 (Repercussão Geral – Tema 1074) (Info 1036).

Os Defensores Públicos não precisam estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para desempenhar suas funções institucionais.

STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

O candidato ao cargo de Defensor Público precisa de inscrição na OAB? O candidato precisa ser advogado?

Em regra, sim. Essa é uma exigência prevista na LC 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) para os cargos de Defensor Público Federal e de Defensor Público do Distrito Federal. Veja:

Art. 26. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la (*ex: o candidato é Delegado*), e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense, devendo indicar sua opção por uma das unidades da federação onde houver vaga.

(...)

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

Obs: o art. 26 trata sobre a DPU.

Essa mesma disposição é encontrada no art. 71, caput e § 2º, que versa sobre a Defensoria Pública do Distrito Federal:

Art. 71. O candidato, no momento da inscrição, deve possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, e comprovar, no mínimo, dois anos de prática forense.

(...)

§ 2º Os candidatos proibidos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil comprovarão o registro até a posse no cargo de Defensor Público.

No caso das Defensorias Públicas estaduais, a LC 80/94 não traz uma exigência semelhante porque, na época da sua edição, entendeu-se que exigir ou não OAB do candidato (requisito para a posse) seria uma decisão relacionada com a autonomia de cada Defensoria Pública estadual, a ser definida em lei estadual. Logo, uma lei federal não poderia impor essa determinação.

Assim, se você observar as leis estaduais das Defensorias Públicas, algumas exigem do candidato a inscrição na OAB e outras, não.

- Exemplo que exige: DPE/AC, DPE/AL, DPE/SP, DPE/AM e a imensa maioria.
- Exemplo que não exige: DPE/RJ.

Editais dos concursos

Diante disso, vários editais de concursos para o cargo de Defensor Público exigem a inscrição na OAB como sendo um dos requisitos da posse. Exemplos:

DPU 2017

3 DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

(...)

3.7 Estar inscrito na OAB, ressalvada a situação dos candidatos que exerçam atividade incompatível com a advocacia

DPE MA

2.1 O candidato deverá declarar, na solicitação de Inscrição Preliminar:

(...)

d) estar inscrito na OAB, na data da posse, dispensado deste requisito os incompatibilizados com o exercício da advocacia;

DPE AC 2017

3 DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

(...)

3.11 Possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ressalvada a situação dos proibidos de obtê-la, comprovado mediante cópia autenticada da carteira de advogado ou certidão emitida pelo órgão, nos termos do art. 15 da Lei Complementar Estadual nº 158/2006.

O Defensor Público precisa ter inscrição na OAB para exercer as suas funções? O Defensor Público, para exercer suas atribuições, precisa ser advogado?

O tema era polêmico:

1ª corrente: SIM	2ª corrente: NÃO
Se a LC 80/94 exige a inscrição na OAB como um requisito para a posse, isso significa que se trata de um requisito para o exercício do cargo. Além disso, essa primeira corrente sustenta que o Defensor Público exerce advocacia, razão pela qual deve ser inscrito na OAB, conforme prevê o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).	A capacidade postulatória do Defensor Público decorre diretamente da Constituição Federal. Assim, não é necessária a inscrição na OAB para o exercício das funções. O Defensor Público não é um advogado. Desse modo, o Defensor Público está obrigado a se inscrever na OAB apenas para tomar posse, mas não para o exercício de suas funções.
Principal dispositivo invocado: Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.	Principal dispositivo invocado: Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) § 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. (Incluído pela LC 132/2009)
É a corrente defendida pela OAB.	É a tese institucional defendida pelas associações de Defensores Públicos.

Qual foi a posição adotada pela jurisprudência?

A 2ª corrente. Os Defensores Públicos NÃO precisam de inscrição na OAB para exercerem suas atribuições. Foi o entendimento firmado pelo STJ e pelo STF.

Defensor Público não é advogado

A Defensoria Pública é disciplinada pela Constituição Federal dentro das “Funções Essenciais à Justiça”, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Advocacia Pública.

A Defensoria Pública não deve ser considerada como Advocacia Pública, dada a nítida separação entre as funções realizada pela Carta de 1988.

Os Defensores Públicos exercem atividades de representação judicial e extrajudicial, de advocacia contenciosa e consultiva, o que se assemelha bastante à Advocacia, tratada em Seção à parte no texto constitucional. Apesar disso, não se pode dizer que os Defensores Públicos sejam advogados. Há inúmeras peculiaridades que fazem com que a Defensoria Pública seja distinta da advocacia privada e, portanto, mereça tratamento diverso.

Alguns pontos que diferenciam a carreira da Defensoria Pública:

- está sujeita a regime próprio e a estatutos específicos;
- submete-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios (e não pela OAB);
- necessita de aprovação prévia em concurso público, sem a qual, ainda que possua inscrição na Ordem, não é possível exercer as funções do cargo;
- não precisa apresentar procuração para atuar.

CF/88 não exigiu inscrição na OAB

A Constituição Federal não previu a inscrição na OAB como exigência para o exercício do cargo de Defensor Público. Ao contrário, o § 1º do art. 134 proibiu o exercício da advocacia privada:

Art. 134 (...)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

E o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.906/94, invocado pela OAB como sendo o fundamento para exigir dos Defensores Públicos a inscrição na ordem?

Segundo o STJ: esse dispositivo não se aplica para os Defensores Públicos em razão do princípio da especialidade.

Existe uma antinomia entre o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.906/94 e o art. 4º, § 6º da LC 80/94.

A antinomia entre normas da mesma hierarquia deve ser resolvida pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) e da cronologia (*lex posterior derogat priori*).

No caso, o art. 4º, § 6º da LC 80/94 foi incluído no ordenamento jurídico pela LC 132/2009, sendo, portanto, posterior ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/94. Além disso, trata-se de dispositivo mais específico, considerando que rege a carreira de Defensor Público e a sua atuação.

Logo, deve prevalecer o art. 4º, § 6º da LC 80/94, que diz que a “capacidade postulatória” do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. Em outras palavras, a sua capacidade de pedir e de responder em juízo (capacidade postulatória) surge e depende unicamente de sua nomeação e posse. Não depende de mais nada (nem de inscrição na OAB).

Um exemplo é o art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94, que assegura a inviolabilidade por atos e manifestações. Outro é o sigilo da comunicação (art. 7º, III). Tais dispositivos são perfeitamente aplicáveis aos Defensores Públicos.

Resumindo a decisão do STJ:

Os Defensores Públicos **NÃO** precisam de inscrição na OAB para exercerem suas atribuições.

O art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/94 deve receber interpretação conforme à Constituição de modo a se concluir que não se pode exigir inscrição na OAB dos membros das carreiras da Defensoria Pública.

O art. 4º, § 6º, da LC 80/94 afirma que a capacidade postulatória dos Defensores Públicos decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, devendo esse dispositivo prevalecer em relação ao Estatuto da OAB por se tratar de previsão posterior e específica.

Vale ressaltar que é válida a exigência de inscrição na OAB para os candidatos ao concurso da Defensoria Pública porque tal previsão ainda permanece na Lei.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.710.155-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 01/03/2018 (Info 630).

Segundo o STF: é inconstitucional a interpretação que determina a aplicação desse dispositivo aos Defensores Públicos.

O Defensor Público, para o desempenho das atividades inerentes ao cargo, deve cumprir as exigências previstas na LC 80/94, à qual coube a disposição de normas organizacionais.

O art. 4º, § 6º, da LC 80/94, na redação dada pela LC 132/2009, prevê que a capacidade postulatória do defensor público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, o que torna irrelevante, sob o prisma jurídico-processual, a sua inscrição nos quadros da OAB:

Art. 4º (...)

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. (Incluído pela LC 132/2009)

Os Defensores Públicos, uma vez investidos no cargo público, ficam terminantemente proibidos de exercer a advocacia privada à margem de suas atribuições, encerrando-se, por imposição constitucional, seu vínculo com a OAB.

Além disso, sujeitam-se exclusivamente ao Estatuto da Defensoria Pública, submetendo-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios no que tange à sua conduta administrativa, embora ocorra inteira liberdade de atuação no exercício da atividade-fim.

Com efeito, empossados no cargo, mais do que atuar na defesa dos direitos de seus assistidos, os Defensores Públicos dedicam-se à relevante missão de proporcionar o acesso desses cidadãos o gozo efetivo de seus direitos.

Assim, não se harmoniza com a Constituição Federal o art. 3º da Lei 8.906/94 ao estatuir a dupla sujeição ao regime jurídico da OAB e ao da Defensoria Pública, federal ou estadual.

Tese fixada pelo STF:

É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

STF. Plenário. RE 1240999/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 3/11/2021 (Repercussão Geral – Tema 1074) (Info 1036).

Assim, é inconstitucional qualquer interpretação que resulte no condicionamento da capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública à inscrição dos Defensores Públicos na OAB:

Os Defensores Públicos não precisam estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para desempenhar suas funções institucionais.

STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

Informações complementares do voto do Min. Gilmar Mendes

A diferença entre a atuação de um advogado particular e a de um defensor público é perceptível inclusive antes do advento da EC 80/2014.

O primeiro, em ministério privado, tem por incumbência primordial a defesa dos interesses pessoais do cliente.

O segundo, detentor de cargo público, tem por escopo principal assegurar garantia do amplo acesso à justiça ao assistido, não sendo legitimado por qualquer interesse privado.

Tais características não afastam, obviamente, a prestação de serviço público e exercício de função social pelo advogado, tampouco dispensa o defensor do interesse pessoal do assistido.

A função dos membros da Defensoria Pública é, evidentemente, marcada pela impessoalidade, porquanto o assistido não escolhe seu defensor, tampouco o remunera diretamente, estando vinculados pelas normas de Direito Público. Ao contrário do cliente, que gratifica o trabalho feito com honorários, tendo poder de escolha sobre o profissional de sua preferência, trazendo à função do advogado feição personalíssima.

Além disso, advogados podem escolher suas causas e seus clientes ao passo que Defensores Públicos estão adstritos às funções institucionais, não podendo, de forma alguma, atuar fora delas ou receber honorários. Sendo assim, com direitos, deveres e prerrogativas tão diversos, não se pode submeter os defensores públicos a dois regimes administrativos diferentes.

A capacidade postulatória do Defensor Público decorre de nomeação e posse no cargo.

Os Defensores Públicos não são advogados públicos, pois possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição em seção à parte no texto constitucional. A LC 80/94, atualizada pela LC 132/2009, em nenhum momento determina que os Defensores Públicos se inscrevam ou permaneçam filiados aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sendo lei especial e posterior à Lei nº 8.906/94, nada impede que ela dispense os Defensores Públicos da inscrição na OAB para o exercício de suas funções.

DEFENSORIA PÚBLICA

**A Defensoria Pública pode prestar assistência jurídica às
pessoas jurídicas que preencham os requisitos constitucionais**

Importante!!!

ODS 16

A Defensoria Pública, por obrigação, deve prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Todavia, suas funções a essas não se restringem ao aspecto econômico.

A Defensoria Pública deve zelar pelos direitos e interesses de todos os necessitados, não apenas sob o viés financeiro, mas também sob o prisma da hipossuficiência e vulnerabilidade decorrentes de razões outras (idade, gênero, etnia, condição física ou mental etc.).

Conclui-se que a Defensoria Pública, agente de transformação social, tem por tarefa assistir aqueles que, de alguma forma, encontram barreiras para exercitar seus direitos. Naturalmente, sua atribuição precípua é o resguardo dos interesses dos carentes vistos sob o prisma financeiro. Todavia não é a única. Isso porque, como sabemos, as desigualdades responsáveis pela intensa instabilidade social não são apenas de ordem econômica.

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física.

As expressões “insuficiência de recursos” e “necessitados” podem aplicar-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas. Portanto, há a possibilidade de que pessoas jurídicas sejam, de fato, hipossuficientes e, portanto, sejam assistidas pela Defensoria Pública.

STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

ADI

A LC nº 80/94, com redação dada pela LC 132/2009, prevê o seguinte:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

(...)

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

O Conselho Federal da OAB ajuizou ação:

- contra a expressão “e jurídicas” prevista no inciso V; e
- contra a íntegra do § 6º;

A OAB alegou que a expressão “e jurídicas” violaria o art. 5º, LXXIV, e o art. 134 da Constituição Federal. Isso porque, na visão da OAB, a atuação da Defensoria Pública deveria ficar restrita às pessoas naturais que fossem economicamente necessitadas, não podendo a Instituição fazer a assistência jurídica de pessoas jurídicas:

Art. 5º (...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

O § 6º do art. 4º, por sua vez, seria inconstitucional por violar o art. 133 da Constituição, uma vez que o Defensor não deixa de ser um advogado, considerando que exerce atividade de advocacia. Sustentou que a competência da OAB para fiscalização ético-disciplinar difere da fiscalização funcional exercida pela Defensoria, razão pela qual é indispensável a inscrição do defensor em seus quadros.

O STF acolheu os argumentos da OAB?

NÃO.

Primeira conclusão:

A Defensoria Pública pode sim prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas, desde que preencham os requisitos constitucionais.

STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

Defensoria Pública faz a assistência jurídica não apenas dos necessitados sob o ponto de vista econômico

A Defensoria Pública, por obrigação, deve prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Todavia, suas funções a essas não se restringem ao aspecto econômico.

A Defensoria Pública deve zelar pelos direitos e interesses de todos os necessitados, não apenas sob o viés financeiro, mas também sob o prisma da hipossuficiência e vulnerabilidade decorrentes de razões outras (idade, gênero, etnia, condição física ou mental etc.).

Conclui-se que a Defensoria Pública, agente de transformação social, tem por tarefa assistir aqueles que, de alguma forma, encontram barreiras para exercer seus direitos. Naturalmente, sua atribuição **precípua** é o resguardo dos interesses dos carentes vistos sob o prisma financeiro. Todavia não é a única. Isso porque, como sabemos, as desigualdades responsáveis pela intensa instabilidade social não são apenas de ordem econômica.

Constituição Federal não restringe a atuação da Defensoria Pública à defesa das pessoas físicas

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física.

As pessoas jurídicas são titulares do direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e dos direitos do tipo procedimental, como o direito a ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei, o direito à igualdade de armas e o direito à ampla defesa.

A jurisprudência pátria é firme no sentido de admitir, por exemplo, a obtenção da gratuidade de justiça por parte das pessoas jurídicas, desde que a insuficiência de recursos seja devidamente comprovada.

As expressões “insuficiência de recursos” e “necessitados” podem aplicar-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas. Portanto, há a possibilidade de que pessoas jurídicas sejam, de fato, hipossuficientes e, portanto, sejam assistidas pela Defensoria Pública.

Conforme muito bem explicou o Min. Gilmar Mendes:

“Como não enxergar, por exemplo, as microempresas, as empresas de pequeno porte, as individuais? Quando se fala em pessoa jurídica, aqui, devemos ir além dos bancos, grandes lojas, redes de supermercado. Trata-se de, sim, do padeiro que abriu seu estabelecimento comercial com recursos da adesão ao Programa de Demissão Voluntária, da costureira que organizou oficina na garagem de sua casa, do sapateiro que atende em uma pequena banca de bairro. Enfim, as possibilidades são infindáveis. E mais: não podemos esquecer que as entidades civis sem fins lucrativos e associações beneficentes também são pessoas jurídicas.

Ora, poderemos rejeitar a possibilidade de serem hipossuficientes? Me parece que não.”

Segunda conclusão:

Os Defensores Públicos não precisam estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para desempenhar suas funções institucionais.

STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

A diferença entre a atuação de um advogado particular e a de um defensor público é perceptível inclusive antes do advento da EC 80/2014.

O primeiro, em ministério privado, tem por incumbência primordial a defesa dos interesses pessoais do cliente.

O segundo, detentor de cargo público, tem por escopo principal assegurar garantia do amplo acesso à justiça ao assistido, não sendo legitimado por qualquer interesse privado.

Tais características não afastam, obviamente, a prestação de serviço público e exercício de função social pelo advogado, tampouco dispensa o defensor do interesse pessoal do assistido.

A função dos membros da Defensoria Pública é, evidentemente, marcada pela impessoalidade, porquanto o assistido não escolhe seu defensor, tampouco o remunera diretamente, estando vinculados pelas normas de Direito Público. Ao contrário do cliente, que gratifica o trabalho feito com honorários, tendo poder de escolha sobre o profissional de sua preferência, trazendo à função do advogado feição personalíssima.

Além disso, advogados podem escolher suas causas e seus clientes ao passo que Defensores Públicos estão adstritos às funções institucionais, não podendo, de forma alguma, atuar fora delas ou receber honorários. Sendo assim, com direitos, deveres e prerrogativas tão diversos, não se pode submeter os defensores públicos a dois regimes administrativos diferentes.

A capacidade postulatória do Defensor Público decorre de nomeação e posse no cargo.

Os Defensores Públicos não são advogados públicos, pois possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição em seção à parte no texto constitucional. A LC 80/94, atualizada pela LC 132/2009, em nenhum momento determina que os Defensores Públicos se inscrevam ou permaneçam filiados aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sendo lei especial e posterior à Lei nº 8.906/94, nada impede que ela dispense os Defensores Públicos da inscrição na OAB para o exercício de suas funções.

DEFENSORIA PÚBLICA

Municípios podem instituir a prestação de assistência jurídica à população de baixa renda

Importante!!!

ODS 16

A prestação desse serviço público para auxílio da população economicamente vulnerável não tem por objetivo substituir a atividade prestada pela Defensoria Pública. O serviço municipal atua de forma simultânea. Trata-se de mais um espaço para garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, LXXIV, da CF/88).

Os municípios detêm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, decorrência do poder de autogoverno e de autoadministração. Assim, cabe à administração municipal estar atenta às necessidades da população, organizando e prestando os serviços públicos de interesse local (art. 30, I, II e V).

Além disso, a competência material para o combate às causas e ao controle das condições dos vulneráveis em razão da pobreza e para a assistência aos desfavorecidos é comum a todos os entes federados (art. 23, X).

STF. Plenário. ADPF 279/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

Assistência jurídica gratuita oferecida por Municípios

Em Diadema, interior do Estado de São Paulo, foi editada lei municipal prevendo o serviço de assistência jurídica gratuita. Desse modo, o Município oferece serviços jurídicos gratuitos aqueles que não têm condições de custear os honorários de um advogado.

Assim como ocorre em Diadema, existem outros Municípios que também oferecem tais serviços à população carente.

ADI

A Procuradoria-Geral da República ajuizou ADPF contra essa lei.

Argumentou que o art. 24, XIII, da CF/88 prevê que a competência para legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública é concorrente, sendo conferida à União, aos Estados e ao DF:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

A União editou LC federal nº 80/94, que pode ser considerada como a norma geral sobre o tema.

O art. 4º, § 5º dessa Lei prevê que “a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.”

Assim, não haveria qualquer margem para a atuação dos Municípios em relação à matéria, seja na seara legislativa ou administrativa.

Logo, no âmbito local, a prestação do serviço público de assistência jurídica seria de competência apenas dos Estados-membros, não podendo ser oferecido pelos Municípios.

Esse argumento foi acolhido pelo STF? A referida Lei municipal foi declarada inconstitucional?

NÃO. O STF, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ADPF. Para a Corte:

Os municípios podem instituir a prestação de assistência jurídica à população de baixa renda.

STF. Plenário. ADPF 279/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 3/11/2021 (Info 1036).

A prestação desse serviço público para auxílio da população economicamente vulnerável não tem por objetivo substituir a atividade prestada pela Defensoria Pública. O serviço municipal atua de forma simultânea. Trata-se de mais um espaço para garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, LXXIV, da CF/88).

Os municípios detêm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, decorrência do poder de autogoverno e de autoadministração. Assim, cabe à administração municipal estar atenta às necessidades da população, organizando e prestando os serviços públicos de interesse local (art. 30, I, II e V):

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Além disso, a competência material para o combate às causas e ao controle das condições dos vulneráveis em razão da pobreza e para a assistência aos desfavorecidos é comum a todos os entes federados:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Vulnerabilidade social

A Min. Cármen Lúcia afirmou que, apesar de entender a preocupação das Defensorias Públicas em relação ao tema, não houve desrespeito à autonomia da instituição e nem ao trabalho desempenhado pelos Defensores Públicos.

O município não criou uma defensoria local, apenas disponibilizou um serviço público de assistência jurídica complementar voltado aos interesses da população de baixa renda, minorando a vulnerabilidade social e econômica e incrementando o acesso à justiça.

Direitos fundamentais

O município tem competência para ampliar a possibilidade da prestação de assistência judiciária aos que necessitarem. Nas palavras da Relatora, “precisamos de um sentimento constitucional que possa aumentar a efetividade constitucional dos direitos fundamentais”.

A intenção da Constituição Federal é a de que toda pessoa necessitada tenha acesso ao serviço gratuito de assistência judiciária, que é socialmente adequado, necessário e razoável. Além disso, assinalou que os recursos utilizados são do próprio município.

DIREITO PENAL

INJÚRIA RACIAL

O crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível

Importante!!!

ODS 16

O racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, é um crime imprescritível?

SIM. Nunca houve dúvidas quanto a isso, aplicando-se a ele o art. 5º, XLII, da CF/88:

Art. 5º (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º do CP, também é crime imprescritível? A injúria racial pode ser enquadrada também no art. 5º, XLII, da CF/88?

SIM. A prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, traz em seu bojo o emprego de elementos associados aos que se definem como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados na raça para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, não se pode excluir o crime de injúria racial do mandado constitucional de criminalização previsto no art. 5º, XLII, restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade.

STF. Plenário. HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2021 (Info 1036).

No mesmo sentido, já era o entendimento do STJ: AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020.

João ofendeu uma frentista chamando-a de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”. Qual foi o crime por ele cometido?

Injúria qualificada pelo preconceito, também conhecida como injúria racial, delito tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal:

Art. 140 (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Injúria racial (art. 140, § 3º do CP) x racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/89)

É muito comum haver a confusão entre o crime de injúria racial (art. 140, § 3º do CP) com o delito de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/89). Vamos verificar as diferenças que, tradicionalmente, a doutrina faz entre as duas infrações:

INJÚRIA RACIAL (art. 140, § 3º do CP) (alguns autores chamam de racismo impróprio)	RACISMO (art. 20 da Lei 7.716/89)
Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião,	Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.	
O agente ofende, insulta, ou seja, xinga alguém utilizando elementos relacionados com a sua raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. A ofensa é praticada contra uma pessoa determinada ou um grupo determinado de indivíduos (exs: cinco amigos negros, árabes etc.).	O agente pratica algum ato discriminatório que faz com que a vítima fique privada de algum direito em virtude de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Há um ato de segregação. Também pode ser caracterizado mediante uma ofensa verbal (sem um ato de segregação), desde que a ofensa seja dirigida a todos os integrantes de certa raça, cor, etnia, religião etc.
A intenção do agente é atacar a honra subjetiva de uma pessoa ou de um grupo determinado de pessoas, utilizando os elementos já mencionados.	A intenção é segregar a pessoa ou um grupo de pessoas por conta de um dos elementos já mencionados.
Ex: “seu macaco”. Ex: “você 5 são um bando de terroristas”.	Ex: nesta festa não pode entrar negros. Ex: todos os judeus são ladrões.
O agente visa a atingir uma pessoa determinada ou determinável.	O agente visa a atingir um número indeterminado de pessoas (todos que compõem aquela coletividade).
O bem jurídico tutelado é a honra subjetiva.	O bem jurídico tutelado é a igualdade.
Trata-se de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima (art. 145, parágrafo único, do CP).	Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

O racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, é um crime imprescritível?

SIM. Nunca houve dúvidas disso porque o texto da Constituição Federal é expresso. Confira:

Art. 5º (...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º do CP, também é crime imprescritível? A injúria racial pode ser enquadrada também no art. 5º, XLII, da CF/88?

SIM.

A prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, traz em seu bojo o emprego de elementos associados aos que se definem como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém.

Consistindo o racismo em processo sistemático de discriminação que elege a raça como critério distintivo para estabelecer desvantagens valorativas e materiais, a injúria racial consuma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais.

Nesse sentido, para o STF, não há distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei nº 7.716/89 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliticamente constitui raça, para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido.

Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca

da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização, é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.

Em suma:

O crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível.

STF. Plenário. HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2021 (Info 1036).

Vale ressaltar que o STJ já possuía julgados nesse mesmo sentido:

A denominada injúria racial é mais um delito no cenário do racismo, sendo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia?

Tema polêmico!

Imagine que o indivíduo foi preso em flagrante e não foi realizada a audiência de custódia. A defesa impetrou sucessivos habeas corpus, mas os Tribunais não concederam a liberdade ao custodiado. Quando a questão chegou até o STF, esse indivíduo já tinha sido denunciado e foi realizado, inclusive, a audiência de instrução. Isso significa que o pedido de realização da audiência de custódia fica prejudicado?

Ao julgar um caso como esse, houve empate na 2ª Turma do STF.

Dois Ministros votaram no sentido de que a alegação de ausência da audiência de custódia estaria superada (Nunes Marques e Edson Fachin).

Outros dois Ministros votaram no sentido de que a alegação não estaria superada mesmo já tendo sido realizada a audiência de custódia (Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski).

Diante do empate, a 2ª Turma concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus e determinou ao juiz que realizasse a audiência de custódia, no prazo de 24 horas, a contar da comunicação do julgamento.

Assim constou no Informativo:

A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia.

STF. 2ª Turma. HC 202579 AgR/ES e HC 202700 AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 26/10/2021 (Info 1036).

O que acontece se, injustificadamente, não for realizada a audiência de custódia? Imagine que não foi realizada a audiência de custódia, mas estavam presentes os requisitos do art. 312 do CPP e foi decretada a prisão preventiva. Neste caso, o custodiado deverá, obrigatoriamente, ser colocado em liberdade pelo fato de não ter sido realizada a audiência de custódia?

NÃO.

A falta de audiência de custódia constitui **irregularidade**, não afastando a prisão preventiva, no caso de estarem atendidos os requisitos do art. 312 do CPP e observados direitos e garantias versados na Constituição Federal.

STF. 1ª Turma. HC 202260 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/08/2021.

A ausência de realização de audiência de custódia é **irregularidade** que não conduz à automática revogação da prisão preventiva, cabendo ao juízo da causa promover análise acerca da presença dos requisitos autorizadores da medida extrema.

STF. 2ª Turma. HC 198896 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14/06/2021.

A declaração de nulidade da audiência de custódia em razão de não ter sido realizada no prazo de 24 horas após a prisão dependeria da demonstração de efetivo prejuízo, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas depois da prisão em flagrante constitui irregularidade passível de ser sanada, que nem mesmo conduz à imediata soltura do custodiado, notadamente quando decretada a prisão preventiva, como se deu na espécie.

STF. 2ª Turma. Rcl 49566 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04/11/2021.

A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade relativamente à falta de audiência de custódia.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 669.316/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 08/06/2021.

A não realização de audiência de custódia no prazo de 24 horas não acarreta a automática nulidade do processo criminal, assim como que a conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, ficando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem.

STJ. 6ª Turma. RHC 154.274/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/12/2021.

Confira o que diz o § 4º do art. 310 do CPP sobre o tema:

Art. 310 (...)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Vale ressaltar que a autoridade que deu causa à não realização da audiência estará sujeita à triplíce responsabilização, nos termos do art. 310, § 3º do CPP:

Art. 310 (...)

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964/2019)

Imagine que o indivíduo foi preso em flagrante e não foi realizada a audiência de custódia. A defesa impetrou sucessivos habeas corpus, mas os Tribunais não concederam a liberdade ao custodiado. Quando a questão chegou até o STF, esse indivíduo já tinha sido denunciado e foi realizado, inclusive, a audiência de instrução. Isso significa que o pedido de realização da audiência de custódia fica prejudicado?

Ao julgar um caso como esse, houve empate na 2ª Turma do STF.

Dois Ministros votaram no sentido de que a alegação de ausência da audiência de custódia estaria superada (Nunes Marques e Edson Fachin).

Outros dois Ministros votaram no sentido de que a alegação não estaria superada mesmo já tendo sido realizada a audiência de custódia (Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski).

Conforme argumentou o Min. Gilmar Mendes:

“A audiência de custódia tem finalidades sistêmicas totalmente distintas daquelas desempenhadas pela audiência de instrução e julgamento.

A audiência de custódia possui limitações, pois não se pode antecipar o julgamento de mérito do processo com aprofundamento instrutório. Contudo, tendo-se em vista que no ato há um contato da defesa com um juiz, deve-se dar primazia ao exercício do contraditório de modo oral e com imediação, para controle da legalidade da prisão e especial atenção à revisão de ilegalidades manifestas.

Ainda que eventualmente questões sobre a prisão ou eventuais abusos possam ser levantadas pelas partes na audiência de instrução, deve-se perceber que tais questões seriam objeto de análise incidental, e não o tema central da audiência a ser submetido ao contraditório. A depender da inércia das partes, esses pontos podem nem mesmo ser abordados.

Além disso, aceitar a superação da necessidade de realização da audiência de custódia pelo transcurso do prazo e a ocorrência da audiência de instrução findaria por transmitir uma mensagem distorcida aos operadores do sistema criminal, no sentido da desnecessidade da medida.”

Diante do empate, a 2ª Turma concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus e determinou ao juiz que realizasse a audiência de custódia, no prazo de 24 horas, a contar da comunicação do julgamento.

Assim constou no Informativo:

A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia.

STF. 2ª Turma. HC 202579 AgR/ES e HC 202700 AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 26/10/2021 (Info 1036).

DIREITO DO TRABALHO

CONTRATO DE TRABALHO

É admissível a celebração de “contrato de parceria” entre salões de beleza e profissionais do setor, desde que não haja a intenção de burlar normas trabalhistas

ODS 5, 8, 10 E 16

1) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352, de 27 de outubro de 2016;

2) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores.

STF. Plenário. ADI 5625/DF, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Nunes Marques, julgado em 27 e 28/10/2021 (Info 1036).

REVISÃO SOBRE A LEI 13.352/2016

Neste julgado, o STF analisou a constitucionalidade da Lei nº 13.352/2016.

Antes de analisar o que foi decidido, acho importante fazer uma breve revisão sobre o que dispõe a Lei nº 13.352/2016. Se estiver sem tempo, você pode ir diretamente para a explicação do julgado.

Imagine a seguinte situação hipotética:

Maria é dona de um pequeno salão de beleza de bairro (microempresa).

Renata, que é cabeleireira, procura Maria e faz uma proposta: ela ficaria trabalhando no salão como “autônoma” (sem assinar CTPS), utilizando os equipamentos e a estrutura do local e, em troca, o valor pago pelas clientes seria dividido entre as duas, metade para cada.

Determinado dia, elas se desentendem e Renata, com raiva, procura a Justiça do Trabalho. Seria muito provável que, nesta situação, fosse reconhecido que havia, no caso, uma relação de emprego e Maria seria condenada a assinar a CTPS de Renata e a pagar-lhe todos os direitos trabalhistas inerentes a esse vínculo. A Lei nº 13.352/2016 foi editada com o objetivo de tentar alterar este panorama, permitindo que os salões contratem profissionais de beleza como “autônomos”, sem vínculo empregatício.

O que prevê a Lei nº 13.352/2016?

A Lei nº 13.352/2016 prevê que os salões de beleza poderão celebrar...

- contratos de parceria,
- por escrito,
- com cabeleireiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores
- por meio dos quais esses profissionais trabalharão no salão,
- sem vínculo empregatício,
- recebendo uma quota-parte dos valores pagos pelos clientes
- e a outra quota-parte ficará com o salão.

A Lei nº 13.352/2016 deixa expresso que “o profissional-parceiro não terá relação de emprego ou de sociedade com o salão-parceiro enquanto perdurar a relação de parceria”.

Nomenclatura

No contrato de parceria, os salões serão chamados de “salão-parceiro” e os profissionais de “profissional-parceiro”.

Percentual fica para o salão e outro para o profissional

Do valor pago pelos clientes, uma parte ficará com o salão e outra para o profissional que realizou o serviço.

Essa divisão dos percentuais de cada um deverá ser fixada no contrato de parceria.

Segundo dados da Associação Nacional do Comércio de Artigos de Higiene Pessoal e Beleza (Anabel), os donos dos salões de beleza costumam repassar aos profissionais entre 30% e 60% do valor dos serviços prestados.

Qual é a natureza jurídica do valor que fica para o salão?

A cota-parte que ficará pelo salão-parceiro ocorrerá a título de:

- atividade de aluguel de bens móveis e de utensílios para o desempenho das atividades de serviços de beleza; e/ou
- serviços de gestão, de apoio administrativo, de escritório, de cobrança e de recebimentos de valores transitórios recebidos de clientes das atividades de serviços de beleza.

Em outras palavras, o salão-parceiro recebe uma parte do pagamento pelo fato de ceder a sua estrutura física e/ou por oferecer ao profissional todo o apoio administrativo para que este realize seus serviços.

Qual é a natureza jurídica do valor que fica para o profissional?

A cota-parte destinada ao profissional-parceiro será feita como retribuição pelo fato de ele ter realizado os serviços de beleza em favor dos clientes.

Assim, o profissional receberá uma espécie de “comissão” e não “salário”, considerando que não é empregado.

Quem deverá ficar responsável por receber os pagamentos dos clientes: o salão ou o profissional?

O salão. O salão-parceiro será responsável pela centralização dos pagamentos e recebimentos decorrentes das atividades de prestação de serviços de beleza realizadas pelo profissional-parceiro.

Retenções que deverão ser feitas pelo salão

Depois de receber o pagamento e antes de repassar ao profissional a sua parte, o salão-parceiro deverá fazer as seguintes retenções:

- a) sua cota-parte percentual;
- b) valores relativos aos tributos e contribuições sociais e previdenciárias devidos pelo profissional-parceiro incidentes sobre a cota-parte que a este couber na parceria.

Na receita bruta do salão não entra o valor que é repassado ao profissional

A cota-parte destinada ao profissional-parceiro não será considerada para calcular a receita bruta do salão-parceiro, ainda que este adote o sistema de emissão de nota fiscal unificada ao consumidor.

O profissional-parceiro deve ficar responsável apenas pelos serviços de beleza, não podendo ser utilizado para serviços administrativos

O profissional-parceiro não poderá assumir as responsabilidades e obrigações decorrentes da administração da pessoa jurídica do salão-parceiro, de ordem contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária incidentes, ou quaisquer outras relativas ao funcionamento do negócio.

Qualificação dos profissionais-parceiros perante o Fisco

Os profissionais-parceiros poderão ser qualificados, perante as autoridades fazendárias, como pequenos empresários, microempresários ou microempreendedores individuais.

Requisitos do contrato de parceria

O contrato de parceria deverá ser:

- a) feito por ato escrito;
- b) homologado pelo sindicato da categoria profissional e laboral e, na ausência desses, pelo órgão local competente do Ministério do Trabalho e Emprego;
- c) celebrado perante duas testemunhas, que também assinarão o pacto.

Obs: o profissional-parceiro poderá celebrar o contrato como pessoa física (microempreendedor individual) ou como pessoa jurídica (pequenos empresários ou microempresários). Mesmo que inscrito como pessoa jurídica, o profissional-parceiro será assistido pelo seu sindicato de categoria profissional e, na ausência deste, pelo órgão local competente do Ministério do Trabalho e Emprego.

Cláusulas obrigatórias do contrato de parceria

Em todos os contratos de parceria deverão constar as seguintes cláusulas:

- I - o percentual das retenções que serão feitas pelo salão-parceiro dos valores recebidos por cada serviço prestado pelo profissional-parceiro;

- II - a obrigação, por parte do salão-parceiro, de reter e recolher os tributos e contribuições devidos pelo profissional-parceiro em decorrência da atividade deste na parceria;
- III - as condições e a periodicidade dos valores que serão pagos ao profissional-parceiro de acordo com o tipo de serviço oferecido;
- IV - os direitos do profissional-parceiro quanto ao uso de bens materiais necessários ao desempenho das atividades profissionais, bem como sobre o acesso e circulação nas dependências do estabelecimento;
- V - a possibilidade de rescisão unilateral do contrato, no caso de não subsistir interesse na sua continuidade, mediante aviso prévio de, no mínimo, 30 dias;
- VI - as responsabilidades de ambas as partes com a manutenção e higiene de materiais e equipamentos, das condições de funcionamento do negócio e do bom atendimento dos clientes;
- VII - a obrigação, por parte do profissional-parceiro, de que ele deverá manter a regularidade de sua inscrição perante as autoridades fazendárias.

Vínculo empregatício

Regra:

Como regra, o profissional-parceiro não terá relação de emprego com o salão-parceiro enquanto perdurar a relação de parceria.

Exceções:

A Lei prevê, no entanto, algumas exceções em que ficará configurado o vínculo empregatício entre a pessoa jurídica do salão-parceiro e o profissional-parceiro. Isso ocorre em duas situações:

- I - quando não existir contrato de parceria formalizado na forma descrita pela Lei;
- II - quando o profissional-parceiro desempenhar funções diferentes das descritas no contrato de parceria.

Obs: estas são exceções legais, ou seja, previstas expressamente na Lei. É provável, contudo, que a jurisprudência trabalhista construa outras hipóteses em que será permitido o reconhecimento do vínculo empregatício.

Fiscalização pela Superintendência do Trabalho

A Superintendência do Trabalho irá fiscalizar a execução desses contratos de parceria, podendo fazer autuações e impor multas, na forma disposta no Título VII da CLT.

Vigência

A Lei nº 13.352/2016 possuía *vacatio legis* de 90 dias e entrou em vigor no dia 26/01/2017.

DECISÃO DO STF SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.352/2016

ADI

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade (Contratuh) ajuizou ADI contra a Lei nº 13.352/2016.

Segundo a entidade, a lei foi criada com o intuito de possibilitar a contratação de profissionais de beleza na forma de pessoa jurídica, alterando a norma – Lei nº 12.592/2012 – que regulamentou as categorias profissionais da área de beleza, criando, ainda, a base de tributação do “salão parceiro” e do “profissional parceiro”.

A confederação alegou que a legislação atacada estaria contrariando a Constituição Federal e normas internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil, tendo em vista que a transformação dos profissionais em pessoas jurídicas teria o objetivo de burlar os direitos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), além de reduzir a proteção social e possibilitar a precarização do trabalho, violando a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho (arts. 1º, III e IV, e 170, da CF/88).

O STF julgou procedente o pedido? Essa lei é inconstitucional?

NÃO.

A Lei nº 13.352/2016, conhecida como Lei do Salão-Parceiro, consagrou, formalmente, o contrato de parceria entre salão de beleza e profissionais do ramo da estética, bem como permitiu que os trabalhadores envolvidos saíssem da informalidade.

A norma impugnada previu situação de igualdade contratual com elevação do patamar dos trabalhadores do segmento da beleza de forma isonômica e paritária. Ademais, permitiu remuneração mais vantajosa que o salário previamente fixado, além de reconhecer alta dignificação profissional. Não caracterizada, portanto, qualquer violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho.

Os contratos de parceria que dissimulem vínculos empregatícios serão nulos à luz do princípio da primazia da realidade, consagrado no art. 9º da CLT:

Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Nessas situações, o vínculo empregatício será reconhecido *in concreto* pelas autoridades públicas, com todas as consequências legais daí resultantes.

Tese fixada pelo STF:

1) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352, de 27 de outubro de 2016;

2) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores.

STF. Plenário. ADI 5625/DF, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Nunes Marques, julgado em 27 e 28/10/2021 (Info 1036).

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ADI, declarando a constitucionalidade da Lei nº 13.352/2016. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin (relator) e Rosa Weber.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) Compete à União definir regras de suspensão e interrupção do fornecimento dos serviços de energia elétrica. ()
- 2) É inconstitucional norma estadual que determine que as prestadoras de serviço telefônico são obrigadas a fornecer, sob pena de multa, os dados pessoais dos usuários de terminais utilizados para passar trotes aos serviços de emergência. ()
- 3) É constitucional o dispositivo de constituição estadual que confere ao tribunal de justiça local a prerrogativa de processar e julgar ação direta de constitucionalidade contra leis e atos normativos municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos estados. ()
- 4) É constitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. ()
- 5) Os Defensores Públicos não precisam estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para desempenhar suas funções institucionais. ()

- 6) A Defensoria Pública não pode prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas. ()
7) Os municípios não podem instituir a prestação de assistência jurídica à população de baixa renda. ()
8) O crime de injúria racial, por não ser racismo, não é imprescritível. ()
9) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352, de 27 de outubro de 2016. ()
10) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores. ()

Gabarito

1. C	2. E	3. C	4. E	5. C	6. E	7. E	8. E	9. C	10. C
------	------	------	------	------	------	------	------	------	-------

OUTRAS INFORMAÇÕES

Por que agora aparece a sigla ODS em alguns julgados acima comentados?

Porque são processos que possuem relação com algum dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU.

Nos Informativos originais do STF e do STJ, há a indicação de alguns processos que integram a Agenda 2030 da ONU.

Sempre que esses processos forem indicados no Informativo original, eles também serão marcados aqui no Informativo comentado.

Conforme explica o site do STF:

“A Agenda 2030 da ONU é um plano global para atingirmos em 2030 um mundo melhor para todos os povos e nações. A Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova York, em setembro de 2015, com a participação de 193 estados membros, estabeleceu 17 objetivos de desenvolvimento sustentáveis. O compromisso assumido pelos países com a agenda envolve a adoção de medidas ousadas, abrangentes e essenciais para promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsabilidade das instituições políticas. Com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas universais construídos após intensa consulta pública mundial, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas possui propósitos ambiciosos e transformadores, com grande foco nas pessoas mais vulneráveis.

Um compromisso internacional de tal porte exige a atuação de todos os Poderes da República Federativa do Brasil e a participação do Supremo Tribunal Federal (STF) é fundamental para a efetivação de medidas para este desafio mundial tendo em vista a possibilidade de se empreender no âmbito da Corte políticas e ações concretas.

Como primeiras iniciativas, todos os processos de controle de constitucionalidade e com repercussão geral reconhecida indicados pelo Presidente para a pauta de julgamento estão classificados com o respectivo objetivo de desenvolvimento sustentável. Da mesma forma, o periódico de informativo de jurisprudência do STF já conta com essa marcação, permitindo a correlação clara e direta sobre o julgamento e os ODS. Avançou também neste momento para os processos julgados, com acórdãos publicados no ano de 2020. Neste amplo projeto de aproximação do STF com a Agenda 2030, estão programadas para as próximas etapas a identificação de processos de controle concentrado e com repercussão geral reconhecida ainda em tramitação, mesmo sem indicação de julgamento próximo.”

Existem 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS):



Relevância para fins de concurso:

O CNJ editou a Resolução Nº 423 de 05/10/2021, alterando a Resolução nº 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. As alterações consistiram, em síntese, em um acréscimo no conteúdo programático objeto dos certames, em especial, na disciplina Humanística.

Dentre os tópicos acrescentados está justamente o tema “Agenda 2030”.

Logo, a marcação dos julgados relacionados com o assunto tem o objetivo de chamar a atenção dos candidatos a concursos públicos.

Citação da fonte:

O Informativo original do STF é uma publicação elaborada Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação da Corte na qual são divulgados resumos das teses e conclusões dos principais julgamentos realizados pelo STF.

O Informativo comentado do Dizer o Direito tem por objetivo apenas explicar e sistematizar esses julgados. Vale ressaltar que os argumentos expostos foram construídos nos votos e debates decorrentes dos julgados. Portanto, a autoria das teses e das razões de convencimento são dos Ministros do STJ e do STF, bem como de sua competente equipe de assessores.

INFORMATIVO STF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>.