

# DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE

## CARGO: DEFENSOR PÚBLICO SUBSTITUTO INGRESSO DO ESTADO DE SERGIPE

PROVA ESCRITA ESPECÍFICA P<sub>3</sub> – PEÇA DE NATUREZA PENAL

Aplicação: 10/04/2022

### PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

A impetração de *habeas* requer as seguintes formalidades:

#### 1) Direcionamento

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Desembargador Relator. **Também será admitido o Direcionamento da petição para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.**

Impetração: Legitimidade da Defensoria Pública, Inserção de pedido liminar, utilização do termo impetração de *habeas corpus* e fundamentação legal do pedido.

Contexto Fático: narrativa sobre a inexistência do flagrante.

#### 2) Contexto jurídico

Menção à impossibilidade de decretação de prisão preventiva no crime de porte ilegal de arma de fogo ~~e com relação à ausência de pedido expresso do Ministério Público.~~

Não é cabível a prisão preventiva, haja vista que o crime cometido tem pena máxima de 4 anos (art. 313, I, do CPP) e não se trata de reincidência, como permitiria o restante do artigo 313.

~~Além do mais, com a nova redação do artigo 311 do CPP, a prisão preventiva não pode ser decretada pelo juiz, só sendo cabível a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Do mesmo modo, já há entendimento consolidado sobre o assunto: AgRg no HC n. 652.886/MT, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/9/2021, DJe 30/9/2021. Revogado, em razão da decisão proferida no RHC 145.225 – de 15/02/2022.~~

#### 3) Ocorrências na audiência de custódia

Na petição, deve haver a discussão e fundamentação acerca do atraso na realização da audiência de custódia (CPP, art. 310, § 4.º), haja vista que não houve motivação adequada apresentada. Além disso, a ausência do laudo de IML e a falta de análise das lesões mencionadas pelo preso também resultam na ilegalidade da própria finalidade da audiência de custódia.

#### 4) Pedidos

Pedido de relaxamento da prisão e, subsidiariamente, a concessão de liberdade provisória a Sebastião, decretando-se, se necessárias, as medidas cautelares diversas da prisão requeridas pelo Ministério Público.

### QUESITOS AVALIADOS

#### 2.1

0 - Não efetuou o direcionamento nem a impetração, e não questionou o contexto fático do crime.

1 - Efetuou de forma parcialmente correta o direcionamento e a impetração, sem mencionar o contexto fático do crime.

2 - Efetuou corretamente o direcionamento e a impetração, sem mencionar corretamente o contexto fático do crime ou vice-versa.

3 - Efetuou corretamente o direcionamento e a impetração e mencionou de forma parcialmente correta o contexto fático do crime ou vice-versa.

4 - Efetuou corretamente o direcionamento, a impetração, assim como mencionou corretamente o contexto fático do crime.

## 2.2

0 - Não fez menção à impossibilidade de decretação de prisão preventiva pelo crime de porte ilegal ~~nem à ausência de pedido expresso do Ministério Público.~~

1 - Fez menção à impossibilidade de decretação de prisão preventiva pelo crime de porte ilegal ou à ausência de pedido expresso do MP, mas não apresentou fundamentação adequada.

2 - ~~Fez menção a um dos dois critérios e fundamentou de forma adequada, não fazendo menção ao outro motivo.~~ **Fez menção à impossibilidade de decretação de prisão preventiva pelo crime de porte ilegal de arma e fundamentou de forma adequada.**

3 - ~~Fez menção a um dos dois critérios e o fundamentou de forma adequada, mas não em relação ao outro motivo.~~

4 - ~~Fez menção aos dois critérios e os fundamentou de forma adequada.~~

## 2.3

0 - Não fez menção ao atraso relativo à audiência de custódia, nem menção à ausência do laudo de IML e às agressões sofridas por Sebastião.

1 - Fez menção apenas ao atraso relativo à audiência de custódia, ou apenas à ausência do laudo de IML ou apenas às agressões sofridas por Sebastião e de forma insuficiente.

2 - Fez menção apenas a um desses elementos e o fez de forma suficiente.

3 - Fez menção a dois desses elementos, mas somente a um deles de forma suficiente.

4 - Fez menção aos três elementos e o fez de forma suficiente.

## 2.4

0 - Não fez pedido ou o fez inadequadamente.

1 - Pediu o relaxamento da prisão, mas não fez pedido subsidiário.

2 - Pediu o relaxamento da prisão e, subsidiariamente, a concessão de liberdade provisória e a decretação das medidas cautelares diversas da prisão requeridas pelo Ministério Público, se necessárias.

# DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE

## CARGO: DEFENSOR PÚBLICO SUBSTITUTO INGRESSO DO ESTADO DE SERGIPE

Prova Escrita Específica P<sub>3</sub> – Questão 1

Aplicação: 10/04/2022

### PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

1 Ato infracional é uma conduta praticada por criança ou adolescente prevista em lei como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA). Adolescente, na definição do art. 2º da Lei 8.069/1990, é a pessoa que conta entre doze e dezoito anos de idade. O ato infracional é pressuposto estatutário para a aplicação de medidas específicas de proteção e/ou socioeducativas, mas, apesar de correlato a uma conduta definida como crime ou contravenção, não pode ser equiparado ao que se entende por crime.

A partir da Constituição Federal de 1988, o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes sofreu profundas mudanças, tendo como fundamento a doutrina da proteção integral, estampado no art. 227 da Magna Carta, quando assim estabelece:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Sob o epíteto da *doutrina da proteção integral*, que constitui matriz jurídico-legal do *Direito da Criança e do Adolescente*, as medidas socioeducativas, embora pertençam ao gênero de “sanção estatal” decorrente do descumprimento de uma norma penal proibitiva ou impositiva, possuem natureza jurídica e finalidade diversas das penas aplicadas aos imputáveis. Além do caráter sancionatório, as medidas socioeducativas têm caráter pedagógico, visando a reintegração do adolescente em conflito com a lei na família e na sociedade, sem qualquer finalidade repressivo-punitiva. Em decorrência, possuem conteúdo pedagógico (educacional), orientação protetiva (direitos humanos) e especial (absoluta prioridade na efetivação dos direitos e garantias fundamentais).

As *medidas específicas de proteção* e as *socioeducativas* se constituem, por consequência, nas medidas legais adequadas para a responsabilização diferenciada de criança e/ou adolescente a quem se tenha atribuído a prática de ato infracional, devendo ser aplicadas “de acordo com as características da infração, circunstâncias familiares e a disponibilidade de programas específicos para o atendimento do adolescente infrator, garantindo-se a reeducação e a ressocialização” (vide **Mário Volpi, in O adolescente e o Ato Infracional, 6.ª Ed, São Paulo/Cortez, p.42**).

2 O Estatuto da Criança e do Adolescente, excepcionalmente, também se aplica às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, como é o caso da execução de medidas socioeducativas que se prolongam no tempo, a exemplo da internação, da liberdade assistida e da semiliberdade. A superveniência da maioridade penal do adolescente (18 anos) no curso do procedimento de apuração do ato infracional ou quanto submetido à medida socioeducativa não provoca, por si só, a extinção do procedimento ou da medida, bem como não enseja a liberdade compulsória, **admitindo, a própria regra estatutária, a possibilidade da extensão do cumprimento da medida socioeducativa, qualquer que seja ela, até os 21 anos de idade.**

Esse é o entendimento firmado pelo STJ na seguinte tese: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional, nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos” (Súmula 605/STJ).

3 A Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), no artigo 46, § 1.º, estabelece que “**no caso de o maior de 18 anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente**”.

**Art. 46, caput, a medida socioeducativa será declarada extinta nas seguintes hipóteses:**

**I - pela morte do adolescente;**

**II - pela realização de sua finalidade;**

**III - pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva;**

**IV - pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida; e**

**V - nas demais hipóteses previstas em lei.**

**§ 1º No caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente.**

Por força da própria Lei de Regência (Lei n.º 12.594/2012), predomina o entendimento de ser válida a decisão do juízo que, **em face da perda de seu objeto, extingue a medida socioeducativa, sob o fundamento da sua inocuidade em razão da decretação da prisão preventiva do adolescente que já atingiu a maioridade penal.**

Assim preceitua o § 1.º do art. 46 do mencionado regramento, convalidando legalmente a decisão judicial.

Além do mais, é forte o argumento de que não é possível ao Estado manter a medida socioeducativa concomitantemente à prisão decretada em processo criminal, em total dissonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que defende o caráter pedagógico (educacional), excepcional e especial das medidas socioeducativas, especialmente aquelas que resultam em internação.

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO DA INTERNAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.*

1. É válida a extinção da internação quando o Juízo da execução aponta que o paciente maior de 20 anos teve o seu perfil pessoal agravado, o que permite concluir que os esforços da socioeducação não logram êxito na reeducação dele, haja vista a prática de fato delituoso enquanto estava em liberdade, e a decretação de prisão preventiva, e, portanto, não restam objetivos pedagógicos na execução de medida socioeducativa.

2. No caso, não se verifica manifesta ilegalidade na decisão visto que a extinção da internação ante a superveniência de processo-crime após adolescente completar 18 anos de idade constitui uma faculdade, devendo o julgador fundamentar sua decisão, nos termos do art. 46, § 1º, da Lei 12.594/2012.

3. Habeas corpus concedido para restabelecer a sentença exarada pelo Juízo de 1º grau, e determinar a extinção da medida socioeducativa de internação (HC 551.319/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJE 18/05/2020).

## QUESITOS AVALIADOS

2.1

0 - Não conceituou ato infracional e não definiu os objetivos das medidas socioeducativas ou o fez incorretamente.

1 - Conceituou ato infracional, mas não definiu completamente o instituto.

2 - Conceituou ato infracional e definiu completamente o instituto, mas não definiu completamente as medidas socioeducativas no contexto da doutrina de proteção integral (CF/art. 227).

3 - Conceituou ato infracional e definiu completamente o instituto, definiu as medidas socioeducativas no contexto da doutrina de proteção integral (CF/227), mas não apresentou suas características.

4 - Conceituou ato infracional e definiu completamente o instituto, definiu as medidas socioeducativas no contexto da doutrina de proteção integral (CF/227) e apresentou suas características.

2.2

0 - Não se posicionou pela aplicação das medidas socioeducativas às pessoas entre 18 e 21 anos de idade e não mencionou os seus efeitos.

1 - Posicionou-se pela aplicação das medidas socioeducativas às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, mas não mencionou os seus efeitos.

2 - Posicionou-se pela aplicação das medidas socioeducativas às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, mencionou os seus efeitos, mas não citou a Súmula do STJ, o **entendimento jurisprudencial a respeito**.

3 - Posicionou-se pela aplicação das medidas socioeducativas às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, mencionou os seus efeitos e citou a Súmula do STJ o **entendimento jurisprudencial a respeito**.

2.3

0 - Não se posicionou pela extinção da medida socioeducativa.

1 - Posicionou-se pela extinção da medida socioeducativa, mas não citou a Lei n.º 12.594/2012.

2 - Posicionou-se pela extinção da medida socioeducativa, citou a Lei n.º 12.594/2012, mas não mencionou tratar-se de uma faculdade do magistrado nem considerou que o caráter pedagógico (educacional), excepcional e especial das medidas socioeducativas impossibilita a sua execução concomitantemente à prisão preventiva.

3 - Posicionou-se pela extinção da medida socioeducativa, citou a Lei n.º 12.594/2012, mencionou tratar-se de uma faculdade do magistrado, mas não considerou que o caráter pedagógico (educacional), excepcional e especial das medidas socioeducativas impossibilita a sua execução concomitantemente à prisão preventiva.

4 - Posicionou-se pela extinção da medida socioeducativa, citou a Lei n.º 12.594/2012, mencionou tratar-se de uma faculdade do magistrado e considerou que o caráter pedagógico (educacional), excepcional e especial das medidas socioeducativas impossibilita a sua execução concomitantemente à prisão preventiva (perda do objeto).

# DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE

## DEFENSOR PÚBLICO SUBSTITUTO INGRESSO DO ESTADO DE SERGIPE

Prova Escrita Específica P<sub>3</sub> – Questão 2

Aplicação: 10/04/2022

### PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

#### A) PRIMEIRA RESPOSTA

O Supremo Tribunal Federal aplicou ao art. 68 do CPP a técnica por ele nominada de lei “*ainda constitucional*” (ou da “*inconstitucionalidade progressiva*” ou “*declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade*”).

O STF considerou que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, competiria à Defensoria Pública a atribuição de promover a assistência jurídica e judiciária dos necessitados, sendo esta última em todos os graus, judicial ou extrajudicialmente (art. 134, *caput*). Assim, observou que, *ante a vigência da CF/88, passou a competir a Defensoria Pública a propositura da ação civil ex delicto*, até porque o Ministério Público, na forma do art. 129, IX, da CF/88, não mais pode exercer a atividade típica de representação judicial (advocacia) e a consultoria jurídica de entidades públicas, mas deve exercer as funções que são compatíveis com sua finalidade, que é zelar pela ordem jurídica, os interesses sociais, difusos e coletivos, além dos individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88).

No entanto, ao observar que a instalação e atuação efetiva da Defensoria Pública decorre de um processo que exige criação de normas e custos materiais, entendeu que o art. 68 do CPP estaria em “*trânsito para inconstitucionalidade*” enquanto o referido processo não fosse implementado. Deste modo, *o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram posição no sentido de que, o Ministério Público não mais poderá propor a ação civil ex delicto quando existir a efetiva e eficaz instalação, no âmbito dos Estados e da União, dos órgãos da Defensoria Pública, com seu pleno funcionamento, ante o preenchimento dos cargos próprios*. Além do que, ao ser proposta a ação civil ex delicto pelo MP, *a Defensoria Pública deve ser intimada para que tome ciência da ação e possa informar que tem como assumir seu polo ativo*.

Sobre o ponto, convém transcrever parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou, ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a perda de vigência desde a data da Constituição. Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que geram – fazem abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva. Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação” (STF, Primeira Turma, RE nº 147.776/SP, Rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 19/05/1998, DJ 19/06/1998).

Veja-se o precedente do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

“LEGITIMIDADE - AÇÃO 'EX DELICTO' - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na

unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria-Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.” (STF, Plenário, RE nº 135.328/SP, STF, Rel. min. Marco Aurélio, j. em 29/06/1994, DJ 20/04/2001)

“MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL 'EX DELICTO'. LEGITIMIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68. NORMA AINDA CONSTITUCIONAL. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO - DE CARÁTER TRANSITÓRIO - ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS. SUBSISTÊNCIA DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL. PRECEDENTES.” (STF, decisão monocrática, AI nº 482.332/SP, Rel. min. Celso de Mello, j. em 30/04/2004, DJ 02/06/2004 p. 68)

É importante observar, como afirma Pedro Lenza (*ESQUEMATIZADO - DIREITO CONSTITUCIONAL*. Disponível em: Minha Biblioteca, (25th edição). Editora Saraiva, 2021, p. 178), que “a terminologia utilizada pela Suprema Corte não é a mais adequada, uma vez que, por se tratar de ato editado antes de 1988 (art. 68 do CPP), referido dispositivo seria revogado por não recepção”, razão pela seria mais correto valer-se da denominação “lei ainda constitucional e em trânsito para revogação por não recepção”.

Frente ao que foi exposto, pode-se dizer que:

a) é possível ao Ministério Público, atuando na condição de substituto processual, propor a ação civil *ex delicto* em favor de uma pessoa pobre quando, no local em que a ação é proposta, *inexistia Defensoria Pública devidamente instalada*.

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO *EX DELICTO*. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFENSORIA PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS À COMUNIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA.

- A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à legitimação extraordinária do Ministério Público para promover, como substituto processual, a ação de indenização *ex delicto* em favor do necessitado quando, embora existente no Estado, os serviços da Defensoria Pública não se mostram suficientes para a efetiva defesa da vítima carente. Agravo regimental improvido.” (STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag. nº 509.967/GO (2003/0024364-2), Rel. min. Barros Monteiro, j. em 12/12/2005, DJ 20/03/2006 p. 276)

“MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL 'EX DELICTO' - ART. 68 DO CPP - LEGITIMIDADE.

I - O Ministério Público detém legitimidade para promover ação civil indenizatória 'ex delicto' em favor de necessitado, se a sua intervenção decorre da inexistência de Defensoria Pública no Estado.

II - Precedentes - STF e STJ.

III - Recurso conhecido e provido.” (STJ, Terceira Turma, REsp. nº 112.138/SP (1996/0068836-2), Rel. min. Waldemar Zveiter, j. em 03/12/1999, DJ 03/04/2000 p. 145, RMP vol. 13 p. 476, RSTJ vol. 133 p. 237)

b) Será o MP legitimado a propor a ação na hipótese de, *havendo Defensoria Pública instalada, esta não esteja suficientemente organizada para atender a demanda, sendo insuficiente o serviço prestado por ela prestado*.

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO *EX DELICTO*. MINISTÉRIO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA. ACORDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ANUÊNCIA. *PARQUET*. FALTA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1 - segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência desta Corte, arrimada em julgado do STF, o Ministério Público somente tem legitimidade para propor ação civil *ex delicto*, em favor de pessoas pobres, se não houver ou for insuficiente o serviço da Defensoria Pública.

2 - Em sendo assim, o acordo celebrado no caso específico entre o réu e a mãe (representante legal) da criança, vítima de lesões corporais, com pleno atendimento das necessidades desta última, não há de ser nulo apenas porque o *Parquet*, autor da ação, com ele não concorda. As finalidades sociais e altruísticas que norteiam a questão sobrepõem-se aos rigores das formalidades processuais.

3 - Recurso especial não conhecido.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 171.918/MG (1998/0029739-1), Rel. min. Fernando Gonçalves, j. em 18/05/2004, DJ 23/08/2004 p. 238)

“Ação de responsabilidade civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 68 do Código de Processo Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

1. Já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que enquanto não organizada a Defensoria Pública permanece em vigor a regra do art. 68 do Código de Processo Penal.

2. Antigo precedente da Corte assentou que para o 'exercício do direito de ação pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual, tal como previsto nos arts. 81 do CPC e 68 do CPP, prescinde a lei da circunstância de que tenha havido um crime in concreto, bastando que tenha ocorrido um crime em tese'.

3. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, Terceira Turma, REsp. nº 12.817/SP (1991/0014734-6), Rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 16/05/2000, DJ 01/08/2000 p. 255)

“Ministério Público. Art. 68 do Código de Processo Penal. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que enquanto não organizada a Defensoria Pública permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, com o que o Ministério Público é parte legítima para ajuizar a ação de responsabilidade civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, Terceira Turma, REsp. nº 107.227/SP (1996/0057086-8), Rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 25/11/2002, DJ 10/03/2003 p. 184)

“MINISTÉRIO PÚBLICO. Legitimidade ativa. Substituição processual.

Ação de indenização ex-delicto.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação de indenização de dano causado por ato ilícito, sendo a vítima pobre e inexistindo serviço de assistência jurídica com organização suficiente para atender à demanda. Preliminares rejeitadas.

Recurso conhecido e provido.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 68.275/MG (1995/0030643-3), Rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 13/02/2001, DJ 02/04/2001 p. 295, JBCC vol. 190 p. 182, LEXSTJ vol. 143 p. 76)

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO *EX DELICTO*. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INSUFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS.

- O Ministério Público tem legitimidade para promover ação de indenização de dano causado por ato ilícito, tratando-se de vítima pobre e inexistindo serviço de assistência judiciária com organização suficiente para atender à demanda. Precedentes: REsp. nºs. 134.736-MG e 68.275-MG.

Recurso especial não conhecido.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 94.822/MG (1996/0027498-3), Rel. min. Barros Monteiro, j. em 21/03/2002, DJ 26/08/2002 p. 220, RNDJ vol. 35 p. 107)

c) Trata-se de hipótese de “*inconstitucionalidade progressiva*”, ou melhor dizendo, “*lei ainda constitucional e em trânsito para revogação por não recepção*”.

“DIREITO PROCESSUAL - CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL 'EX DELICTO' (CPP, ART. 68). LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO NÃO INSTITUÍDA A DEFENSORIA PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA (ARTS. 127, 129, IX, E 134 DA CONSTITUIÇÃO) ASSENTADA PELA SUPREMA CORTE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Com o advento da Constituição de 1988, a defesa judicial dos necessitados passou a ser atribuição da Defensoria Pública. Mas, tem entendido o Supremo Tribunal Federal, interpretando o texto constitucional e acolhendo a tese da inconstitucionalidade progressiva, subsistir a legitimidade do Ministério Público onde ainda não instituída a Defensoria Pública para propor a ação civil 'ex delicto' (CPP, art. 68).

II - Acolhendo tal orientação, precedentes da Turma têm tido legitimado o 'Parquet' em tal situação.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 180.890/SP (1998/0049297-6), Rel. min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j. em 17/09/1998, DJ 03/11/1998 p. 172)

“REPARAÇÃO DE DANOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA 'EX DELICTO'. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTENTÁ-LA NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. ART. 68 DO CPP. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA RECONHECIDA PELO C. STF.

Não implementada ainda a Defensoria Pública no Estado de origem, admite-se a legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 68 do CPP. Precedentes da Eg. Quarta Turma.

Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 94.070/SP (1996/0025077-4), Rel. min. Barros Monteiro, j. em 01/04/1997, DJ 09/06/1997 p. 25545)

“Constitucional. Processual Civil e Penal. Ação Civil *Ex Delicto*. Legitimidade ativa do Ministério Público. Substituição processual do hipossuficiente. Processo de inconstitucionalidade progressiva da norma. Precedentes.

- Em face da inconstitucionalidade progressiva da norma estatuída no art. 68 do CPP, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público, com supedâneo na redação atual do inciso IX do art. 129 da CF, ainda detém legitimidade ativa extraordinária e concorrente para propor ação civil *ex delicto* em prol de vítima carente.” (STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp. nº 289.030/MG (2000/0122787-4), Rel. min. Nancy Andrigui, j. em 29/03/2001, DJ 11/06/2001 p. 208)

“DIREITO PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO NÃO INSTITUÍDA A DEFENSORIA PÚBLICA. ART. 68 DO CPP. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA (ARTS. 127, 129, IX, E 134 DA CONSTITUIÇÃO) ASSENTADA PELA SUPREMA CORTE. RECURSO PROVIDO.

I - Com o advento da Constituição de 1988, a defesa judicial dos necessitados passou a ser atribuição da Defensoria Pública. Mas, segundo entendeu o STF, interpretando o texto constitucional e acolhendo a tese da inconstitucionalidade progressiva, subsistiria excepcionalmente a legitimidade do Ministério Público onde ainda não instituída a Defensoria Pública para propor ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 68 do CPP.

II - Acolhendo tal orientação, precedente da Turma teve por legitimado o *Parquet*, a exemplo do caso em pauta.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 66.982/SP (1995/0026313-0), Rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 24/02/1997, DJ 24/03/1997 p. 9022)

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL *EX DELICTO* - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGADA REVOGAÇÃO DO ART. 68 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIVERGÊNCIA

JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR A AÇÃO - MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, à evidência diverge do entendimento esposado no v. *decisum* recorrido. Com efeito, enquanto a Corte de origem entendeu que o artigo 68 do CPP não foi revogado pela Constituição Federal, o julgado apontado como paradigma concluiu pela revogação.

A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 01.07.2003, pacificou o entendimento segundo o qual, 'apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que 'enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista' (RE nº 135.328-7/SP, rel. min. Marco Aurélio, DJ 01/08/94) (REsp n. 232.279/SP, Rel. min. Edson Vidigal, DJ de 04.08.2003).

Dessa forma, como não foi implementada Defensoria Pública no Estado de São Paulo, o Ministério Público tem legitimidade para, naquela Unidade da Federação, promover ação civil por danos decorrentes de crime, como substituto processual dos necessitados.

Recurso especial não provido.” (STJ, Segunda Turma, REsp. nº 475.010/SP (2002/0132897-5), Rel. min. Franciulli Netto, j. em 25/11/2003, DJ 02/02/2004 p. 313)

“DIREITO PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL 'EX DELICTO'. LEGITIMIDADE. CPP, ART. 68. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DECLARADA PELO STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

1. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que 'enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista' (RE nº 135.328-7/SP, rel. min. Marco Aurélio, DJ 01/08/94).

2. Precedentes do STF e do STJ.

3. Embargos rejeitados.” (STJ, Corte Especial, REsp. nº 232.279/SP (2000/0037203-0), Rel. min. Edson Vidigal, j. em 01/07/2003, DJ 04/08/2003 p. 205, RNDJ vol. 46 p. 130, RSTJ vol. 170 p. 40)

d) *Se a Defensoria Pública já estiver organizada, em pleno funcionamento e prestando o serviço em favor do necessitado de modo eficaz, ante o preenchimento dos cargos próprios, o Ministério Público não terá legitimidade, caso em que será considerado revogado o art. 68 do CPP.*

“REPARAÇÃO DE DANOS. AÇÃO INDENIZATORIA 'EX DELICTO'. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTENTÁ-LA NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. ART. 68 DO CPP. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA RECONHECIDA PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- O art. 68, CPP, consoante assentou a Suprema Corte, não foi recepcionado pela vigente Carta Política. Estando organizada no Estado a Defensoria Pública, com pleno funcionamento, falece legitimidade ao Ministério Público para propor a ação de indenização 'ex delicto'.

- Votos que, acompanhando o relator na conclusão, consideraram inadmissível o REsp no caso.

Recurso especial não conhecido.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 58.658/MG (1995/0000471-2), Rel. min. Barros Monteiro, j. em 10/09/1996, DJ 11/11/1996 p. 43715)

e) *Para que se saiba se a Defensoria Pública pode atuar no polo ativo da ação civil ex delicto, deve ocorrer a intimação da DP para tomar ciência da ação e informar que pode ou não assumir o polo ativo.*

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. INTERESSE DE MENORES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CPP, ART. 68). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DECLARADA PELO COL. STF. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA CIÊNCIA E POSSIBILIDADE DE ASSUMIR O POLO ATIVO DA AÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 888.081/MG (2006/0206304-0), Rel. min. Raul Araújo, j. em 15/09/2016, DJe 18/10/2016, REVPRO vol. 265 p. 490)

## QUESITOS AVALIADOS

2.1 Técnica interpretativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à aplicação do art. 68 do CPP

Técnica da lei “ainda constitucional” (da “inconstitucionalidade progressiva” ou “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade”) ou, como chamado por Pedro Lenza, “lei ainda constitucional e em trânsito para revogação por não recepção”.

0 – Não abordou a técnica interpretativa ou o fez de modo incorreto.

- 1 – Abordou a possibilidade de revogação do art. 68 do CPP, mas não fundamentou corretamente a resposta.
- 2 – Abordou a possibilidade de revogação do art. 68 do CPP, mas apresentou apenas um dos seus elementos.
- 3 – Abordou a possibilidade de revogação do art. 68 do CPP e fundamentou corretamente a resposta.

## 2.2 Requisitos exigidos para que seja afastada a incidência do art. 68 do CPP

Existir a efetiva e eficaz instalação, no âmbito dos Estados e da União, dos órgãos da Defensoria Pública, com seu pleno funcionamento, ante o preenchimento dos cargos próprios e, caso o MP proponha a ação civil *ex delicto*, a Defensoria Pública deve ser intimada para que tome ciência da ação e possa informar que tem como assumir seu polo ativo.

0 – Não abordou nenhum requisito ou o fez de modo incorreto.

1 – Abordou apenas um requisito, mas não fundamentou corretamente a resposta.

2 – Abordou apenas um requisito e o fundamentou corretamente.

3 – Abordou os requisitos, mas só fundamentou corretamente um deles.

4 – Abordou os requisitos e fundamentou corretamente a resposta.

## B) SEGUNDA RESPOSTA:

Por se tratar de lei editada antes de 1988, seria cabível a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, da CF), haja vista que se pretende examinar a recepção ou revogação do art. 68 do CPP pela ordem constitucional em vigor.

Não seria cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (art. 102, I, “a”, da CF), Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (art. 102, I, “a”, da CF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO (art. 103, § 2º, da CF) posto que essas ações têm como intuito fazer o controle de constitucionalidade. Assim, resta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF cuja finalidade é realizar, sob a forma de controle concentrado, o juízo de recepção das normas pré-constitucionais a fim de verificar sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99).

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO ESTADUAL ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. COMPATIBILIDADE DE DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL COM CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE RECEPÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, CAPUT, 5º, CAPUT, E 37, CAPUT E INC. II, DA CONSTITUIÇÃO. ESCOPO DE DESCONSTITUIR TÍTULOS JUDICIAIS TRANSITADOS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ARGUIÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. Análise de normas pré constitucionais, em sede de controle concentrado, somente é admitida para verificação de sua compatibilidade com a atual ordem constitucional. Precedente: ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 27.10.2006. 2. Arguição que impugna decreto estadual pré-constitucional com escopo de modificar títulos judiciais transitados em julgado, em contrariedade à Jurisprudência da CORTE que assenta o não cabimento de ADPF com esse propósito. Precedentes: ADPF 97, Rel. min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2014, DJe de 30/10/2014; ADPF 249-AgR, Rel. min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014, DJe de 1/9/2014. 3. Arguição não conhecida.” (STF, Tribunal Pleno, ADPF nº 369/PB, Rel. min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão min. Alexandre de Moraes, j. em 27/04/2020, 13/10/2020)

“CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE-INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADI 514/PI, REL. MIN. CELSO DE MELLO – ADI 595/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL – CÓDIGO ELEITORAL, ART. 224 – INVIABILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. - A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes.” (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 4.222 AgR/DF, Rel. min. Celso de Mello, j. em 01/08/2014, DJe-169 div. 01-09-2014 pub. 02-09-2014)

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser 'ato do Poder Público' federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou

não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'. 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da 'separação de poderes', previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto aposto a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de 'ato do Poder Público', para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado.” (STF, Tribunal Pleno, ADPF nº 1 QO/RJ, Rel. min. Nery da Silveira, j. em 03/02/2000, DJ 07/11/2003)

### **QUESITOS AVALIADOS**

2.3 Ação cabível, segundo jurisprudência do STF, caso se pretenda examinar se o art. 68 do CPP é ou não compatível com a Constituição Federal de 1988

0 – Não abordou o quesito.

1 – Abordou a possibilidade de propositura de ADPF, mas não fundamentou corretamente a resposta.

2 – Abordou a possibilidade de propositura de ADPF e fundamentou corretamente a resposta.