

Informativo comentado: Informativo 1048-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

CULTURA

- *Entidades estudantis municipais e estaduais podem emitir a carteira estudantil mesmo sem estarem filiadas às entidades nacionais; é constitucional a exigência de um modelo único nacionalmente padronizado da carteira.*

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

- *É inconstitucional lei estadual que fixe a obrigatoriedade de divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de TV e em jornais de estado-membro.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- *É inconstitucional decreto que preveja que a participação dos peritos no Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) será uma atividade não remunerada.*

SERVIDOR PÚBLICO

- *Servidor admitido sem concurso antes da promulgação da CF, ainda que beneficiado pela estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, não pode ser reenquadrado em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração previsto para servidores efetivos.*

DIREITO PENAL

LEI MARIA DA PENHA

- *É constitucional o art. 12-C da Lei Maria da Penha que autoriza, em algumas hipóteses, a aplicação, pela autoridade policial, de medida protetiva de urgência em favor da mulher.*

LEI DE DROGAS

- *A condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio) não configura reincidência.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

CULTURA

Entidades estudantis municipais e estaduais podem emitir a carteira estudantil mesmo sem estarem filiadas às entidades nacionais; é constitucional a exigência de um modelo único nacionalmente padronizado da carteira

É inconstitucional exigir das entidades estudantis locais e regionais, legitimadas para a expedição da carteira de identidade estudantil (CIE), filiação às entidades de abrangência nacional.

Admite-se a definição de um modelo único nacionalmente padronizado da CIE, desde que publicamente disponibilizado e fixados parâmetros razoáveis que não obstem o acesso pelas entidades com prerrogativa legal para sua emissão.

STF. Plenário. ADI 5108/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

Lei nº 12.933/2013

A Lei nº 12.933/2013 regulamentou a meia-entrada em espetáculos artístico-culturais e esportivos. É a chamada Lei da Meia Entrada.

ADI

Determinado político ajuizou ADI pedindo a declaração de inconstitucionalidade:

- da expressão “filiadas àquelas”, presente no art. 1º, §§ 2º e 4º e no art. 2º, § 2º, da Lei;
- da expressão “pelas entidades nacionais antes referidas”, constante do art. 1º, § 2º.

Veja os dispositivos questionados:

Art. 1º (...)

§ 2º Terão direito ao benefício os estudantes regularmente matriculados nos níveis e modalidades de educação e ensino (...) que comprovem sua condição de discente, mediante a apresentação, no momento da aquisição do ingresso e na portaria do local de realização do evento, da Carteira de Identificação Estudantil (CIE), emitida pela Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG), pela União Nacional dos Estudantes (UNE), pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (Ubes), pelas entidades estaduais e municipais filiadas àquelas, pelos Diretórios Centrais dos Estudantes (DCEs) e pelos Centros e Diretórios Acadêmicos, com prazo de validade renovável a cada ano, conforme modelo único nacionalmente padronizado e publicamente disponibilizado pelas entidades nacionais antes referidas e pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), com certificação digital deste, podendo a carteira de identificação estudantil ter 50% (cinquenta por cento) de características locais.

(...)

§ 4º A Associação Nacional de Pós-Graduandos, a União Nacional dos Estudantes, a União Brasileira dos Estudantes Secundaristas e as entidades estudantis estaduais e municipais filiadas àquelas deverão disponibilizar um banco de dados contendo o nome e o número de registro dos estudantes portadores da Carteira de Identificação Estudantil (CIE), expedida nos termos desta Lei, aos estabelecimentos referidos no caput deste artigo e ao Poder Público.

(...)

Art. 2º (...)

§ 2º Os estabelecimentos referidos no caput do art. 1º deverão disponibilizar o relatório da venda de ingressos de cada evento à Associação Nacional de Pós-Graduandos, à União Nacional dos Estudantes, à União Brasileira dos Estudantes Secundaristas, a entidades estudantis estaduais e municipais filiadas àquelas e ao Poder Público, interessados em consultar o cumprimento do disposto no § 10 do art. 1º.

O Partido autor alegou ofensa aos incisos XVII e XX do art. 5º da Constituição Federal.

Segundo o autor, esses dispositivos afirmam que a entidade estudantil municipal ou estadual somente poderá emitir a carteirinha se estiver filiada às entidades nacionais: ANPG, UNE, Ubes.

Esse requisito imposto pela lei para que a entidade possa emitir a Carteira de Identificação Estudantil (CIE) ofende o princípio da liberdade de associação.

Assiste razão ao Partido quanto a esse primeiro ponto analisado? O pedido formulado na ADI foi julgado procedente?

SIM.

Os dispositivos impugnados estabelecem que a CIE (“carteirinha estudantil”) será emitida:

- pelas entidades estudantis nacionais (ANPG, UNE, UBES);
- por entidades estudantis estaduais e municipais, mas desde que sejam filiadas às entidades nacionais; ou
- pelos Diretórios Centrais dos Estudantes (DCEs) e pelos Centros e Diretórios Acadêmicos.

Isso significa que a lei impôs às entidades estudantis estaduais e municipais um dever de filiação à ANPG, UNE e UBES. Sem isso, elas não podem emitir a CIE.

O argumento invocado foi o de que isso teria por objetivo controlar e aperfeiçoar o sistema de emissão de carteiras de identidade estudantil. Esse mecanismo, contudo, não pode ocasionar o desrespeito de direitos fundamentais, como o direito à liberdade de associação.

O dever de filiação instituído pela Lei nº 12.933/2013 viola o princípio da liberdade de associação. Isso porque as entidades ficam obrigadas a se associar à instituição nacional que não necessariamente está alinhada às suas metas, princípios, diretrizes e interesses.

É sabido que, não obstante a enorme representatividade da UNE, UBES e ANPG, bem como a notável relevância histórica dessas entidades para a afirmação dos direitos dos estudantes brasileiros - notadamente o direito à meia-entrada -, sabe-se também que o movimento estudantil no Brasil hoje é bastante plural, com entidades que ostentam diferentes concepções no que tange aos objetivos da representação estudantil e às melhores políticas para educação e para o país como um todo.

Portanto, não se trata tão somente da criação de parâmetros de atuação às entidades estudantis para emissão das carteiras de estudante, mas sim de imposição de vinculação a outras entidades estudantis, o que, evidentemente, tem implicações que transbordam da simples emissão das carteiras estudantis, já que a combatida ordem legal promove um alinhamento formal de uma instituição a outra que não necessariamente se coaduna com a vertente ideológica e principiológica da entidade.

Quanto a esse primeiro ponto, a conclusão é, portanto, a seguinte:

É inconstitucional exigir das entidades estudantis locais e regionais, legitimadas para a expedição da carteira de identidade estudantil (CIE), filiação às entidades de abrangência nacional.

STF. Plenário. ADI 5108/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

Padrão nacional

A Lei nº 12.933/2013 impõe também que a carteira estudantil tenha um padrão nacional. Isso está no § 2º do art. 1º da Lei:

Art. 1º (...)

§ 2º Terão direito ao benefício os estudantes regularmente matriculados (...) que comprovem sua condição de discente, mediante a apresentação, (...) da Carteira de Identificação Estudantil (CIE), (...) conforme modelo único nacionalmente padronizado e publicamente disponibilizado pelas entidades nacionais antes referidas e pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), com certificação digital deste, podendo a carteira de identificação estudantil ter 50% (cinquenta por cento) de características locais.

O Partido também questionava esse modelo único porque dizia que seria uma forma de beneficiar as entidades nacionais. Logo, pedia a declaração de inconstitucionalidade desse modelo único.

Neste ponto, o STF não concordou.

O dever imposto às entidades municipais e estaduais de seguirem o padrão disponibilizado pelas entidades nacionais não significa que elas terão que, obrigatoriamente, se filiar às entidades nacionais. As entidades municipais e estaduais poderão seguir o modelo mesmo sem estarem filiadas.

Vale ressaltar que a imposição de um modelo único nacionalmente padronizado facilita a fiscalização e o combate às fraudes.

A escolha de certas entidades nacionais para a definição e disponibilização do modelo de CIE constitui opção legítima do legislador.

Portanto, a emissão da CIE deve seguir o modelo único, definido pelas entidades estudantis nacionais e pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI.

Importante destacar, contudo, que os parâmetros do modelo único devem ser razoáveis, não podendo servir como forma de limitar o seu acesso.

Assim, é essencial que o modelo seja efetivamente acessível às entidades autorizadas por lei a emitir o documento. Não é possível uma excessiva rigidez no padrão nacional.

Quanto a esse segundo aspecto, a conclusão é a seguinte:

Admite-se a definição de um modelo único nacionalmente padronizado da CIE, desde que publicamente disponibilizado e fixados parâmetros razoáveis que não obstem o acesso pelas entidades com prerrogativa legal para sua emissão.

STF. Plenário. ADI 5108/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

Com base nesses entendimentos, o Plenário, por maioria, julgou **parcialmente** procedente a ação direta.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

É inconstitucional lei estadual que fixe a obrigatoriedade de divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de TV e em jornais de estado-membro

Lei estadual 16.576/2015, de Santa Catarina, previa “a obrigatoriedade diária de divulgação de fotos de crianças desaparecidas nos noticiários de TV e jornais sediados” no Estado.

Essa lei é inconstitucional sob os pontos de vista formal e material.

A lei estadual invadiu a competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão de sons e imagens (art. 22, IV, da CF/88).

No que tange ao aspecto material, a lei estadual viola o princípio da livre iniciativa e a liberdade de informação jornalística dos veículos de comunicação social (art. 220 da CF/88).

Além disso, disciplina o tema de forma diferente daquilo que prevê a Lei federal nº 12.127/2009, que criou o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos.

STF. Plenário. ADI 5292/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

Lei estadual obrigou a divulgação de fotos de crianças desaparecidas

Em Santa Catarina, foi editada a Lei estadual nº 16.576/2015, que obrigou os noticiários de TV e os jornais sediados no Estado a divulgarem fotos de crianças desaparecidas. Confira:

Art. 1º Fica instituída a obrigatoriedade diária de divulgação de fotos de crianças desaparecidas nos noticiários de TV e jornais sediados em Santa Catarina.

Parágrafo Único. Na imagem deverá constar o nome da criança e o Disque Denúncia 100.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Governador ajuizou ADI contra essa lei afirmando que o Estado-membro não tem competência para impor essa obrigação, sob pena de ofensa ao princípio da livre iniciativa.

Apontou que a norma atacada não estabeleceu a fonte de custeio, nem indicou qual órgão será responsável pela sua execução.

Quanto à obrigação imposta às emissoras de televisão, pontuou que somente a União poderia legislar sobre telecomunicações e radiodifusão e explorar tais serviços.

O STF concordou com os argumentos do autor da ADI? Essa lei é inconstitucional?

SIM.

É inconstitucional lei estadual que fixe a obrigatoriedade de divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de TV e em jornais de estado-membro.

STF. Plenário. ADI 5292/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

Inconstitucionalidade formal

A lei estadual invadiu a competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão de sons e imagens, em afronta ao previsto no art. 22, IV, da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Vale ressaltar, ainda, que cumpre ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, disciplinar as telecomunicações e a radiodifusão:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
(...)
XII - telecomunicações e radiodifusão;

Além disso, essa lei estadual criou para as emissoras de TV obrigação que não estava prevista nos contratos de concessão com a União (poder concedente), em contrariedade ao art. 21, XII, "a", da CF/88:

Art. 21. Compete à União:
(...)
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
(...)

O contrato de concessão firmado entre a União e as concessionárias do serviço impõe cláusulas que não podem ser alteradas por terceiros, estranhos ao ajuste.

Inconstitucionalidade material

A lei estadual incide também em inconstitucionalidade material.

Em primeiro lugar, porque estabelece indevida interferência na liberdade de empresas privadas obrigando-as a divulgar as fotos, o que viola princípio da livre iniciativa.

Em segundo, porque ofende a liberdade de informação jornalística dos veículos de comunicação social, os quais, por disposição expressa do art. 220 da CF/88 não podem sofrer restrições pelo poder público:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Há que se ressaltar que existem leis nacionais que disciplinam a busca de pessoas desaparecidas, em especial crianças e adolescentes (Lei nº 12.127/2009), as quais estabelecem instrumentos próprios de cooperação entre os entes federativos, facultada a importante contribuição de emissoras de rádio e televisão, mas sempre mediante convênio.

Nesse sentido, o art. 3º da Lei nº 12.127/2009 estabeleceu que a União firmará convênio com os Estados e Distrito Federal para o compartilhamento das informações constantes da base de dados do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes. Além disso, essa Lei afirma que os recursos para o custeio do serviço serão oriundos do Fundo Nacional de Segurança Pública (art. 4º).

Não há, portanto, como se aceitar que a lei estadual imponha a divulgação de conteúdo por essas entidades em total contrariedade às regras de repartição de competência e à legislação nacional sobre a matéria.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 16.576/2015, do Estado de Santa Catarina.

DIREITO ADMINISTRATIVO

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É inconstitucional decreto que preveja que a participação dos peritos no Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) será uma atividade não remunerada

São indevidos, mediante decreto, o remanejamento dos cargos em comissão destinados aos peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), a exoneração de seus ocupantes e a transformação dessa atividade em prestação de serviço público relevante não remunerado.

O Decreto nº 9.831/2019, ao transformar o trabalho dos membros do MNPTC em serviço não remunerado, exonerando-os dos cargos em comissão que ocupavam, alterou de forma substancial a forma de execução das atividades voltadas à prevenção e ao combate à tortura exercidas pelo órgão, que demandam dedicação, tempo e apoio logístico e que dificilmente serão realizadas em concomitância a outras atividades remuneradas.

Essas medidas esvaziam a estrutura de pessoal técnico do órgão, na medida em que impossibilitam que o trabalho seja feito com dedicação integral e desestimula profissionais especializados a integrarem o corpo técnico.

STF. Plenário. ADPF 607/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

MNPCT

A Lei nº 12.847/2013 criou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura-MNPCT, órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

Art. 8º Fica criado o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura-MNPCT, órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, responsável pela prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, nos termos do Artigo 3 do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgado pelo Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007.

Essa criação atendeu compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A atuação do órgão consiste na prevenção e combate à tortura e a tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, mediante visitas a estabelecimentos de privação de liberdade e elaboração de relatórios com recomendações vinculantes às autoridades competentes e o respectivo monitoramento.

O MNPCT conta com 11 peritos, com mandato de 3 anos, sendo-lhes garantida independência e autonomia, conforme prevê o art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.847/2013:

Art. 8º (...)

§ 1º O MNPCT será composto por 11 (onze) peritos, escolhidos pelo CNPCT entre pessoas com notório conhecimento e formação de nível superior, atuação e experiência na área de prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, e nomeados pelo Presidente da República, para mandato fixo de 3 (três) anos, permitida uma recondução.

Decreto nº 9.831/2019

Em 11 de junho de 2019, o Presidente da República editou o Decreto nº 9.831/2019, que alterou o Decreto nº 8.154/2013, para remanejar os 11 cargos de perito do MNPCT para o Ministério da Economia, exonerando os ocupantes atuais. Além disso, o referido Decreto determinou que a participação no MNPCT seria considerado “prestação de serviço público relevante, não remunerada” (antes do Decreto, a participação era remunerada).

ADPF

A Procuradoria Geral da República ajuizou ADPF contra esse Decreto.

A autora alegou que a remuneração adequada dos integrantes do MNPCT é uma condição para o exercício independente dos peritos.

Sustentou violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes, tendo em vista que o decreto teria alterado substancialmente o sentido da Lei nº 12.847/2013 (art. 8º), inibindo a atuação dos peritos do MNPCT, ao estabelecer regime de trabalho gratuito e voluntário, o que afetaria a missão de combater e prevenir a tortura em todo o território nacional.

Argumentou, ainda, que o decreto impugnado importaria em ofensa ao princípio da vedação do retrocesso institucional, pois esvaziaria o MNPCT e reduziria a força normativa da proibição à tortura.

Esses argumentos foram acolhidos pelo STF?

SIM.

São indevidos, mediante decreto, o remanejamento dos cargos em comissão destinados aos peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), a exoneração de seus ocupantes e a transformação dessa atividade em prestação de serviço público relevante não remunerado.

STF. Plenário. ADPF 607/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/3/2022 (Info 1048).

Tais medidas, implementadas por meio de ato infralegal (Decreto nº 9.813/2019), levam ao esvaziamento de políticas públicas previstas na Lei nº 12.847/2013, o que importa em abuso do poder regulamentar e, por conseguinte, desrespeito à separação dos Poderes.

Na espécie, a violação se mostra especialmente grave, diante do potencial desmonte de órgão cuja competência é a prevenção e o combate à tortura. A transformação da atividade em serviço público não remunerado impossibilita que o trabalho seja feito com dedicação integral e desestimula profissionais especializados a integrarem o corpo técnico do órgão.

Ademais, essas medidas colocam o Brasil em situação de descumprimento de obrigação assumida perante a comunidade internacional e internalizada no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, pois vai de encontro à disciplina do Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto nº 6.085/2007), mediante o qual o País se obrigou “a tornar disponíveis todos os recursos necessários para o funcionamento dos mecanismos preventivos nacionais”.

Com base nesse entendimento, o Plenário declarou a inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º (por arrastamento), 3º e 4º, este último na parte em que altera o § 5º do art. 10 do Decreto nº 8.154/2013, todos do Decreto nº 9.831/2019, bem como da expressão “designados” do caput do mencionado art. 10 do Decreto nº 8.154/2013, conferindo interpretação conforme ao dispositivo para que se entenda que os peritos do MNPCT devem ser nomeados para cargo em comissão, devendo, por consequência dessa decisão, ser restabelecida a destinação de 11 cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS 102.4 — ou cargo equivalente — aos peritos do MNPCT, garantida a respectiva remuneração.

SERVIDOR PÚBLICO

Servidor admitido sem concurso antes da promulgação da CF, ainda que beneficiado pela estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, não pode ser reenquadrado em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração previsto para servidores efetivos

É vedado o reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, de servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que beneficiado pela estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT, haja vista que esta regra transitória não prevê o direito à efetividade, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal e decisão proferida na ADI 3609 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe. 30/10/2014).

STF. Plenário. ARE 1306505/AC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28/3/2022 (Repercussão Geral – Tema 1157) (Info 1048).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Em 1986, João foi contratado pela Administração Pública estadual, sem concurso público, em regime celetista, para ser Técnico em Contabilidade na Secretaria de Fazenda do Estado.

Em 2005, foi aprovada uma emenda (EC 38/2005) acrescentando o art. 37 ao ADCT da Constituição do Estado do Acre. Esse art. 37 estabeleceu que os servidores estaduais que foram admitidos na Administração Pública, sem concurso público, até o dia 31/12/1994, seriam efetivados.

Na época, argumentou-se que seria uma ampliação da regra do art. 19 do ADCT da CF/88.

Assim, João foi efetivado.

Alguns anos mais tarde, foi aprovada uma lei estadual reestruturando a carreira dos servidores públicos do Estado do Acre e prevendo novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração (PCCR). Ocorre que João não foi contemplado com os benefícios desse novo Plano de Cargos.

Diante disso, ele impetrou mandado de segurança requerendo que lhe fossem concedidos os benefícios reconhecidos aos servidores públicos efetivos do Estado.

Vamos fazer algumas perguntas sobre o tema.

Esse efetivação de João foi válida? Esse art. 37 do ADCT da CE/AC é constitucional?

NÃO. O STF, em 2014, decidiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo:

É inconstitucional dispositivo de Constituição estadual que preveja estabilidade para servidores públicos admitidos sem concurso público fora das hipóteses previstas na CF/88.

O STF, contudo, decidiu modular os efeitos da decisão determinando que ela somente teria eficácia a partir de 12 meses contados da data da publicação da ata de julgamento.

STF. Plenário ADI 3609/AC, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 5/2/2014 (Info 734).

O que é a regra de estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT da CF/88?

O art. 19 do ADCT da CF/88 previu que os servidores públicos que estavam em exercício há pelo menos 5 anos quando a Constituição Federal foi promulgada deveriam ser considerados estáveis, mesmo que não tivessem sido admitidos por meio de concurso público.

Desse modo, quem ingressou no serviço público, sem concurso, até 05/10/1983 (5 anos antes da CF/88) e assim permaneceu, de forma continuada, tornou-se estável com a edição da CF/88.

Trata-se, contudo, de regra excepcional e que somente vigorou para esses casos.

Confira a redação do dispositivo:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

João não pode ser beneficiado com a regra do art. 19 do ADCT da CF/88 porque ingressou, sem concurso público, depois de 05/10/1983.

João terá direito aos benefícios reconhecidos aos servidores públicos efetivos do Estado? O STF concordou com o pedido formulado no mandado de segurança?

NÃO.

Estabilidade e efetividade

Quanto à estabilidade dos servidores públicos, o art. 41 da CF/88, com redação dada pela EC 19/98, estabelece que são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

Logo, da leitura do texto constitucional, a efetividade é pressuposto da estabilidade, haja vista que, em regra, apenas será considerado estável no cargo o servidor que ingressar nos quadros da Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público para cargo de provimento efetivo, bem como após o cumprimento de 3 (três) anos de efetivo exercício.

O art. 19 do ADCT conferiu a chamada estabilidade excepcional aos servidores admitidos sem concurso público e que ingressaram no serviço público há, no mínimo, cinco anos antes da data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (5 de outubro de 1988), bem como permaneceram em exercício contínuo nesse ínterim. Esse dispositivo conferiu apenas estabilidade, mas não efetividade.

Desse modo, a jurisprudência do STF diferencia a estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT da efetividade:

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT alcança servidores estaduais, mas difere da efetividade, para a qual é imprescindível a aprovação em concurso público.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os servidores públicos beneficiados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT teriam direito à estabilidade, não se lhes conferindo as vantagens privativas dos ocupantes de cargo efetivo, para o qual se exige concurso público. STF. 2ª Turma. ARE 1238618 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 04/03/2020.

Caso concreto

No caso analisado pelo STF, conforme já mencionado, o servidor impetrante não se enquadra nessa estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT.

Além disso, embora o art. 19 do ADCT tenha conferido **estabilidade** excepcional, nada dispõe acerca da possibilidade de esses servidores usufruírem de benefícios legalmente estabelecidos para os ocupantes de cargos efetivos que ingressaram mediante concurso público.

Os servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional possuem apenas o direito de permanecer na função para as quais foram admitidos, devendo submeter-se a certame público para serem efetivados no cargo, nos termos do art. 37, II, da CF/88. Em palavras mais simples, os servidores beneficiados pelo art. 19 do ADCT da CF/88 são estáveis, mas não são efetivos.

Dessa forma, se nem mesmo os servidores que preenchem os requisitos do art. 19 do ADCT fazem jus aos benefícios conferidos aos que ingressaram na Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público, com menos razão pode-se cogitar, no caso concreto, da continuidade de situação notoriamente inconstitucional, em que o impetrante – servidor contratado pelo regime celetista, sem concurso público, sem qualquer estabilidade – usufrui de benefícios legalmente previstos apenas para servidores públicos efetivos.

Além disso, a concessão de efeitos prospectivos à decisão proferida na ADI 3609 não teve por escopo garantir efetividade aos servidores que ingressaram no serviço público estadual sem concurso até 5.2.2015, mas sim conceder ao Estado tempo suficiente para realizar concurso público para o preenchimento dos cargos que foram ocupados de forma inconstitucional e evitar a paralisação de serviço público essencial.

Em suma:

Servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da CF/1988, ainda que beneficiado pela estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, não pode ser reenquadrado em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração previsto para servidores efetivos.

Veja a tese fixada pelo STF:

É vedado o reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, de servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que beneficiado pela estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT, haja vista que esta regra transitória não prevê o direito à efetividade, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal e decisão proferida na ADI 3609 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe. 30/10/2014).

STF. Plenário. ARE 1306505/AC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28/3/2022 (Repercussão Geral – Tema 1157) (Info 1048).

Com esses entendimentos, o Plenário, por unanimidade, ao apreciar o Tema 1157 da repercussão geral, conheceu do agravo para, desde logo, dar provimento ao recurso extraordinário, e denegar a segurança.

DIREITO PENAL

LEI MARIA DA PENHA

É constitucional o art. 12-C da Lei Maria da Penha que autoriza, em algumas hipóteses, a aplicação, pela autoridade policial, de medida protetiva de urgência em favor da mulher

Importante!!!

ODS 5 E 16

É válida a atuação supletiva e excepcional de delegados de polícia e de policiais a fim de afastar o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando constatado risco atual ou iminente à vida ou à integridade da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, conforme o art. 12-C inserido na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

STF. Plenário. ADI 6138/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23/3/2022 (Info 1048).

ENTENDENDO O ART. 12-C DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 13.827/2019 alterou a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) para autorizar, em algumas hipóteses, a aplicação, pela autoridade policial, de medida protetiva de urgência em favor da mulher. Vamos entender o que mudou, mas, antes, é importante fazer uma revisão geral sobre o tema.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

“Lei Maria da Penha”

A Lei nº 11.340/2006 (Lei de Violência Doméstica) é conhecida como “Lei Maria da Penha”, em uma homenagem à Sra. Maria da Penha Maia Fernandes que, durante anos, foi vítima de violência doméstica e lutou bastante para a aprovação deste diploma.

A Lei nº 11.340/2006 prevê regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica.

Desse modo, se uma mulher for vítima de violência doméstica e familiar, a apuração deste delito (crime ou contravenção penal) deverá obedecer ao rito da Lei Maria da Penha e, de forma subsidiária, ao CPP e às demais leis processuais penais, naquilo que não for incompatível (art. 13).

Medidas protetivas de urgência

Medidas protetivas de urgência são providências previstas nos arts. 22 a 24 da Lei nº 11.340/2006 e aplicadas para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica.

Natureza jurídica

As medidas protetivas possuem a natureza jurídica de medidas cautelares.

Pressupostos

Para a concessão das medidas protetivas de urgência, é necessária a comprovação do:

- a) *fumus commissi delicti*: é a demonstração da existência de indícios de que houve violência doméstica contra a mulher.
- b) *periculum libertatis*: é a existência de um risco à vítima ou a terceiros caso a medida protetiva não seja imediatamente concedida.

Hipóteses previstas na Lei

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

- I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
- III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Rol exemplificativo

Vale ressaltar que o rol das medidas protetivas previsto na lei é meramente exemplificativo, podendo ser concedidas outras providências que não estejam ali elencadas.

Trata-se daquilo que a doutrina denominou de princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 931).

Possibilidade de aplicação de mais de uma

As medidas protetivas de urgência poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Ex: determinação para que o agressor se afaste do lar (inciso II do art. 22) e não se aproxime da vítima (inciso III do mesmo artigo).

Além disso, as medidas protetivas de urgência poderão ser aplicadas em conjunto com as medidas cautelares do CPP. Ex: determinação para que o agressor se afaste do lar (inciso II do art. 22 da LMP) e que compareça periodicamente em juízo (inciso I do art. 319 do CPP).

Momento

As medidas cautelares poderão ser requeridas e deferidas durante a investigação preliminar e também após a instauração do processo penal.

Legitimidade para requerer

Segundo o § 3º do art. 19 da Lei nº 11.340/2006, as medidas protetivas de urgência podem ser requeridas:

- a) a pedido da ofendida;
- b) a requerimento do Ministério Público.

Obs: o pedido da ofendida para que lhe seja concedida medida protetiva não precisa ser subscrito por advogado ou Defensor Público (art. 27 da Lei nº 11.340/2006).

E o Delegado de Polícia?

Não existe previsão na Lei para que o Delegado, em nome próprio, formule pedido de concessão de medida protetiva de urgência.

O que a Lei prevê é que a vítima, ao ser ouvida pela autoridade policial, e ao ser cientificada de seus direitos, declare que está solicitando a concessão de uma ou mais medidas protetivas.

Esse pedido da vítima é remetido pelo Delegado para ser analisado pelo juiz.

Veja a dicção da Lei:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

(...)

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida (*pedido tratado no inciso III do art. 12 acima*), caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

- II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
- III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Desse modo, em sentido estritamente técnico, o Delegado de Polícia não formula, em nome próprio, requerimento de concessão de medida protetiva. Ele remete ao juiz o pedido deduzido pela ofendida. Obviamente que isso não diminui em nada a relevância da autoridade policial, que é o agente mais importante no sistema de proteção da vítima de violência doméstica, sendo o que primeiro ampara e garante os direitos da ofendida. O objetivo aqui é apenas ressaltar um aspecto técnico-jurídico da Lei.

Medida protetiva concedida apenas com base na palavra da vítima

O STJ já reconheceu como válida a concessão de medida protetiva do art. 22, III, da Lei nº 11.340/2006 apenas com base na palavra da vítima:

(...) 1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas.

2. No caso, verifica-se que as medidas impostas foram somente para manter o dito agressor afastado da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, restringindo apenas em menor grau a sua liberdade.

3. Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último. (...)

STJ. 6ª Turma. RHC 34.035/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05/11/2013.

Quais as consequências caso o indivíduo descumpra a decisão judicial que impôs a medida protetiva de urgência?

- é possível a execução da multa imposta;
- é possível a decretação de sua prisão preventiva (art. 313, III, do CPP);
- o agente responderá pelo crime do art. 24-A da Lei nº 11.340/2006:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

2. COMPETÊNCIA PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

Vamos agora tratar sobre o tema realmente alterado pela Lei nº 13.827/2019: quem concede a medida protetiva de urgência?

Em regra, a autoridade judicial (Juiz ou Desembargador).

Até a edição da Lei nº 13.827/2019, essa regra não tinha exceções.

A Lei nº 13.827/2019 trouxe uma exceção, permitindo que a medida protetiva de afastamento do lar seja concedida pelo Delegado de Polícia se o Município não for sede de comarca ou até mesmo pelo policial caso também não haja Delegado de Polícia no momento.

Entendendo a novidade legislativa:

Verificada a existência de...

- risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar,
- ou de seus dependentes,
- o agressor deverá ser imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

Quem determina esse afastamento?

1º) em primeiro lugar, a autoridade judicial.

2º) se o Município não for sede de comarca: o Delegado de Polícia poderá determinar essa medida.

3º) se o Município não for sede de comarca e não houver Delegado disponível no momento: o próprio policial (civil ou militar) poderá ordenar o afastamento.

Se a medida for concedida por Delegado ou por policial (situações 2 e 3), o Juiz será comunicado no prazo máximo de 24 horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

Veja o dispositivo inserido:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

(...)

Qual é o instrumento cabível contra a decisão da autoridade policial que concede ou nega a medida cautelar de urgência?

Se o juiz já manteve a decisão do Delegado, o responsável pela decisão passou a ser a autoridade judicial e, portanto, o recurso deverá ser contra o pronunciamento do magistrado.

Por outro lado, se o juiz ainda não apreciou a decisão do Delegado, teremos duas situações possíveis:

- Delegado concedeu a medida: o suposto ofensor pode impetrar habeas corpus para o juiz.
- Delegado denegou a medida: a vítima deverá formular novo pedido de concessão da medida, agora para o juiz.

Quais as consequências caso o indivíduo descumpra a decisão da autoridade policial que impõe a medida protetiva de urgência?

É possível que o Delegado represente ao juiz para a decretação da prisão preventiva do ofensor (art. 313, III, do CPP).

Vale ressaltar que o agente não responderá pelo crime do art. 24-A da Lei nº 11.340/2006, considerando que o tipo penal fala em “descumprir decisão judicial”:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Assim, o agente só responderá pelo crime do art. 24-A se o juiz mantiver a decisão concessiva do Delegado e o agressor continuar descumprindo a medida.

O agente poderia responder por desobediência (art. 330 do CP)?

Também não.

Não há crime de desobediência quando a pessoa desatende a ordem e existe alguma lei prevendo uma sanção civil, administrativa ou processual penal para esse descumprimento, sem ressaltar que poderá haver também a sanção criminal.

Explicando melhor:

- Se uma ordem é dada e na Lei existe a previsão de uma sanção civil ou administrativa para o caso de descumprimento dessa ordem, não se configura o crime de desobediência.
- Exceção: haverá delito de desobediência se na Lei, além da sanção civil ou administrativa, expressamente constar uma ressalva de que não se exclui a sanção penal.

Ex.1: Marcelo foi parado em uma blitz. O agente de trânsito determinou que ele apresentasse a habilitação e o documento do veículo, tendo Marcelo se recusado a fazê-lo. Marcelo não cometeu crime de desobediência porque o art. 238 do Código de Trânsito já prevê punições administrativas para essa conduta (infração gravíssima, multa e apreensão do veículo), sem ressaltar a possibilidade de aplicação de sanção penal.

Ex.2: Gutemberg foi intimado para testemunhar em uma ação penal, tendo, no entanto, sem justificativa, deixado de comparecer ao ato processual. Gutemberg cometeu o crime de desobediência. O CPP determina que o juiz poderá aplicar multa e condená-lo a pagar as custas da diligência, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência (art. 219). Assim, a Lei (no caso, o CPP) prevê punições civis, ressaltando, no entanto, que elas poderão ser aplicadas juntamente com a condenação criminal.

Ex.3: Cleôncio foi intimado para testemunhar em uma ação de indenização por danos morais, tendo, no entanto, sem justificativa, deixado de comparecer ao ato processual. Cleôncio não cometeu o crime de desobediência. O CPC prevê que a testemunha faltosa será conduzida coercitivamente e condenada a pagar as despesas do adiamento do ato (art. 455, § 5º). Contudo, a Lei (no caso, o CPC) não prevê a possibilidade de tais sanções cíveis serem aplicadas juntamente com a punição pelo crime de desobediência.

E no caso do art. 12-C da Lei Maria da Penha?

A Lei nº 11.340/2006 prevê que o descumprimento da medida protetiva do art. 12-C gera uma consequência processual penal (prisão preventiva) e não ressaltava a possibilidade de o agente responder também criminalmente. Logo, seguindo o raciocínio acima, não se pode condenar o agente por crime de desobediência.

Nesse sentido:

(...) 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista previsão de sanção específica.

2. A Lei n. 11.340/06 determina que, havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, é possível a requisição de força policial, a imposição de multas, entre outras sanções, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal.

3. Ademais, há previsão no art. 313, III, do Código de Processo Penal, quanto à admissão da prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas de urgência nas hipóteses em que o delito envolver violência doméstica.

4. Em respeito ao princípio da intervenção mínima, não há que se falar em tipicidade da conduta atribuída ao recorrido, na linha dos precedentes deste Sodalício. (...)

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1528271/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13/10/2015.

ADI

A Associação de Magistrados do Brasil (AMB) ajuizou ADI questionando a alteração promovida na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) pela Lei nº 13.827/2019, a qual permite que, em casos excepcionais, a autoridade policial afaste o suposto agressor do domicílio ou do lugar de convivência quando for

verificado risco à vida ou à integridade da mulher, mesmo sem autorização judicial prévia (art. 12-C, II, III e § 1º).

A autora da ação afirmou que, sem que haja flagrante delito, a entrada de um policial sem autorização judicial em qualquer domicílio viola princípios constitucionais da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade do domicílio (incisos XII, LIV e XI do artigo 5º da Constituição Federal).

No mesmo sentido, o procurador-geral da República sustentou que o afastamento provisório do agressor do lar é uma medida cautelar e, por esse motivo, só pode ocorrer com autorização prévia do Judiciário.

Esses argumentos foram acolhidos pelo STF? Essa previsão é inconstitucional?

NÃO. O STF decidiu que:

É válida a atuação supletiva e excepcional de delegados de polícia e de policiais a fim de afastar o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando constatado risco atual ou iminente à vida ou à integridade da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, conforme o art. 12-C inserido na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Pena).

STF. Plenário. ADI 6138/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23/3/2022 (Info 1048).

A inclusão dos dispositivos questionados na Lei Maria da Pena — art. 12-C, II, III e § 1º — é razoável, proporcional e adequada. Ela permite a retirada imediata do algoz, sem ordem judicial prévia, mediante a atuação de delegados de polícia, quando o município não for sede de comarca, e de policiais, quando o município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. Em ambos os casos, o juiz deverá ser comunicado no prazo máximo de 24 horas e decidirá sobre a manutenção ou revogação da medida protetiva de urgência.

O afastamento ocorre de forma excepcional, supletiva e *ad referendum* do magistrado. Esse importante mecanismo visa garantir a efetividade da retirada do agressor e inibir a violência no âmbito das relações domésticas e familiares.

Ademais, a opção do legislador não contraria a cláusula da inviolabilidade de domicílio, tampouco ofende o devido processo legal (art. 5º, XI e LIV, da CF/88). As mudanças estão em consonância com o texto constitucional, que não exige ordem judicial prévia para o afastamento, bem como determina a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

Além disso, a legislação está de acordo com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres e de combate à violência contra a mulher, que evoluiu no sentido de recomendar a criação de mecanismos preventivos e repressivos eficazes e, dentre outras considerações, a outorga de prioridade à segurança sobre os direitos de propriedade.

Com esses entendimentos, o Plenário julgou improcedente pedido formulado em ação direta e declarou a constitucionalidade das normas impugnadas.

LEI DE DROGAS

**A condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio)
não configura reincidência**

Importante!!!

Tema já apreciado no Info 632-STJ

Viola o princípio da proporcionalidade a consideração de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, “porte de droga para consumo pessoal”, para fins de reincidência.

STF. 2ª Turma. RHC 178512 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/3/2022 (Info 1048).

Reincidência

A definição de reincidência, para o Direito Penal, é encontrada a partir da conjugação do art. 63 do CP com o art. 7º da Lei de Contravenções Penais.

Com base nesses dois dispositivos, podemos encontrar as hipóteses em que alguém é considerado reincidente para o Direito Penal (inspirado no quadro contido no livro de CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 401):

<i>Se a pessoa é condenada definitivamente por</i>	<i>E depois da condenação definitiva pratica novo(a)</i>	<i>Qual será a consequência?</i>
CRIME (no Brasil ou exterior)	CRIME	REINCIDÊNCIA
CRIME (no Brasil ou exterior)	CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	REINCIDÊNCIA
CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	REINCIDÊNCIA
CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	CRIME	NÃO HÁ reincidência. Foi uma falha da lei. Mas gera maus antecedentes
CONTRAVENÇÃO (no estrangeiro)	CRIME ou CONTRAVENÇÃO	NÃO HÁ reincidência Contravenção no estrangeiro não serve aqui.

A reincidência é uma agravante da pena

Se o réu for reincidente, sofrerá diversos efeitos negativos no processo penal.

O principal deles é que, no momento da dosimetria da pena em relação ao segundo delito, a reincidência será considerada como uma agravante genérica (art. 61, I, do CP), fazendo com que a pena imposta seja maior do que seria devida caso ele fosse primário.

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

Porte de droga para consumo pessoal

A Lei nº 11.343/2006 prevê o crime de posse/porte de droga para consumo pessoal nos seguintes termos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Tese de que o art. 28 não seria crime

Assim que a Lei de Drogas foi editada, Luis Flávio Gomes defendeu a tese de que o porte/posse de droga para consumo pessoal havia deixado de ser crime. Em outras palavras, LFG sustentou que o art. 28 não traria a definição de crime, já que ele não prevê pena privativa de liberdade nem multa. Logo, estaria “fora” do conceito de crime trazido pela Lei de Introdução ao Código Penal (DL 3.914/1941):

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O STF aceitou essa tese?

NÃO. O STF decidiu que o art. 28 da Lei de Drogas, mesmo sem prever pena privativa de liberdade, continua definindo conduta criminosa. Assim, não houve uma descriminalização da conduta (abolitio criminis), mas sim uma despenalização. A despenalização ocorre quando o legislador prevê sanções alternativas para o crime que não sejam penas privativas de liberdade.

Confira a ementa do julgado no STF:

(...) 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

(...)

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). (...)

STF. 1ª Turma. RE 430105 QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13/02/2007.

Assim, não há dúvidas de que o art. 28 da Lei de Drogas possui natureza jurídica de CRIME.

Se um indivíduo é condenado, com trânsito em julgado, pelo delito de porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) e depois pratica outro delito, ele será considerado reincidente na dosimetria desse segundo crime?

NÃO. A condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) NÃO gera reincidência.

Mas você não acabou de dizer que o art. 28 da LD é crime...?

Sim. O art. 28 da LD é crime. No entanto, para a jurisprudência, mesmo sendo crime, não gera reincidência.

Por quê?

A jurisprudência apresenta a seguinte linha de argumentação:

- a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência, ou seja, um indivíduo condenado por contravenção penal, se praticar em seguida um crime, quando for julgado, não se aplicará a ele a agravante da reincidência. Isso porque o art. 63 do Código Penal é expresso ao se referir à prática de novo crime ao dispor:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. *(veja que o agente tem que ter sido condenado por crime anterior)*

- em outras palavras, como vimos na tabela acima, se a pessoa é condenada definitivamente por CONTRAVENÇÃO e, depois desta condenação, pratica um CRIME, ao ser julgada por esta segunda infração não sofrerá os efeitos da reincidência. Se a primeira infração praticada foi uma contravenção, não há reincidência.

- a contravenção é punida com prisão simples e/ou multa (art. 5º, do DL 3688/41).

- o art. 28 da LD é punido apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Em nenhuma hipótese, a prática do crime do art. 28 da LD poderá gerar condenação que leve à prisão.

- desse modo, comparando a pena das contravenções penais com a do crime do art. 28 da LD, chega-se à conclusão de que as penas previstas para as contravenções são mais gravosas (mais duras) do que as sanções cominadas para o art. 28 da LD.

- diante disso, se as sanções do art. 28 da LD são menos graves que as das contravenções, não se mostra proporcional considerar que o art. 28 da LD gera reincidência se a contravenção penal não tem esse efeito negativo.

- em suma:

- o crime do art. 28 da LD tem sanções menos graves que uma contravenção;

- a contravenção não gera reincidência;

- logo, é desproporcional que o crime do art. 28 da LD (sendo menos grave que a contravenção) gere reincidência.

Resumindo:

O porte de droga para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, possui natureza jurídica de crime.

O porte de droga para consumo próprio foi somente despenalizado pela Lei nº 11.343/2006, mas não descriminalizado.

Obs: despenalizar é a medida que tem por objetivo afastar a pena como tradicionalmente conhecemos, em especial a privativa de liberdade. Descriminalizar significa deixar de considerar uma conduta como crime.

Mesmo sendo crime, o STJ entende que a condenação anterior pelo art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio) NÃO configura reincidência.

Argumento principal: se a contravenção penal, que é punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, mostra-se desproporcional utilizar o art. 28 da LD para fins de reincidência, considerando que este delito é punido apenas com “advertência”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa”, ou, seja, sanções menos graves e nas quais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento.

Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do art. 28 da LD está sendo fortemente questionada.

STJ. 5ª Turma. HC 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 04/10/2018.

STJ. 6ª Turma. REsp 1672654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/08/2018 (Info 632).

A 2ª Turma do STF comungou do mesmo entendimento e decidiu que:

Viola o princípio da proporcionalidade a consideração de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, “porte de droga para consumo pessoal”, para fins de reincidência.

STF. 2ª Turma. RHC 178512 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/3/2022 (Info 1048).

O delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não comina pena privativa de liberdade, mas tão somente “advertência sobre os efeitos das drogas” (inc. I); “prestação de serviços à comunidade” (inc. II) e “medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo” (inc. III).

Não se afigura razoável, portanto, permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência.

Deve-se ponderar, ainda, que a reincidência depende da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que não ocorre em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) É constitucional exigir das entidades estudantis locais e regionais, legitimadas para a expedição da carteira de identidade estudantil (CIE), filiação às entidades de abrangência nacional. ()
- 2) Admite-se a definição de um modelo único nacionalmente padronizado da CIE, desde que publicamente disponibilizado e fixados parâmetros razoáveis que não obstem o acesso pelas entidades com prerrogativa legal para sua emissão. ()
- 3) É constitucional lei estadual que fixe a obrigatoriedade de divulgação diária de fotos de crianças desaparecidas em noticiários de TV e em jornais de estado-membro. ()
- 4) São indevidos, mediante decreto, o remanejamento dos cargos em comissão destinados aos peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), a exoneração de seus ocupantes e a transformação dessa atividade em prestação de serviço público relevante não remunerado. ()
- 5) É válida a atuação supletiva e excepcional de delegados de polícia e de policiais a fim de afastar o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando constatado risco atual ou iminente à vida ou à integridade da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes. ()
- 6) Viola o princípio da proporcionalidade a consideração de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, “porte de droga para consumo pessoal”, para fins de reincidência. ()

Gabarito

1. E	2. C	3. E	4. C	5. C	6. 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>.