

ABORDAGEM DOS RELEVANTES PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E STF EM 2022

YONE CRISTINA VASCONCELOS DE ANDRADE SILVEIRA
AMANDA VIEIRA ABREU
MAÍRA SANTOS DOS ANJOS
ORGANIZADORAS



Criação Editora

ABORDAGEM DOS RELEVANTES PRECEDENTES
JURISPRUDENCIAIS DO STJ E STF EM 2022

ORGANIZADORES
YONE CRISTINA VASCONCELOS DE ANDRADE SILVEIRA
AMANDA VIEIRA ABREU
MAÍRA SANTOS DOS ANJOS

ISBN

978-85-8413-335-2

ATIVISMO JUDICIAL X EFEITO BACKLASH: TAXATIVIDADE
(OU NÃO) DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA CAUSA DE AUMENTO
DO REPOUSO NOTURNO AOS TIPOS QUALIFICADOS DO FURTO

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA
RACIAL AO CRIME DE RACISMO

Amanda Vieira Abreu

À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, A CONDENAÇÃO PELO ART. 28
DA LEI 11.343/2006 (PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO) NÃO CONFIGURA
REINCIDÊNCIA

Amanda Vieira Abreu

ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL: CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS SOB ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Maíra Santos dos Anjos

DEFENSORIA PÚBLICA: ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A
CONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE REQUISICÃO

Maíra Santos dos Anjos

CONSELHO EDITORIAL (EDITORA CRIAÇÃO)

ANA MARIA DE MENEZES

CHRISTINA RAMALHO

FÁBIO ALVES DOS SANTOS

ÍTALO DE MELO RAMALHO

JORGE CARVALHO DO NASCIMENTO

JOSÉ AFONSO DO NASCIMENTO

JOSÉ EDUARDO FRANCO

JOSÉ RODORVAL RAMALHO

JUSTINO ALVES LIMA

LUIZ EDUARDO OLIVEIRA

MARTIN HADSELL DO NASCIMENTO

RITA DE CÁCIA SANTOS SOUZA

YONE CRISTINA VASCONCELOS DE ANDRADE SILVEIRA

AMANDA VIEIRA ABREU

MAÍRA SANTOS DOS ANJOS

Organizadoras

ABORDAGEM DOS
RELEVANTES PRECEDENTES
JURISPRUDENCIAIS DO STJ
E STF EM 2022



Criação Editora
ARACAJU | 2023

Copyright 2023
Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira
Amanda Vieira Abreu
Maíra Santos dos Anjos

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico
da Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

O rigor e a exatidão do conteúdo publicado
são da responsabilidade exclusiva dos seus autores.

Projeto gráfico: Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
TuxpedBiblio (São Paulo, SP)
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

S587a Silveira, Yone Cristina Vasconcelos de Andrade; Abreu,
Amanda Vieira; Anjos, Maíra Santos (org.).

Abordagem dos relevantes precedentes jurisprudenciais
do STJ e STF em 2022 / Organizadoras: Yone Cristina Vascon-
celos de Andrade Silveira; Amanda Vieira Abreu; Maíra San-
tos dos Anjos. -- 1. ed. – Aracaju, SE : Criação Editora, 2023.

E-book: PDF

Inclui bibliografia.

125p., 21 cm.

ISBN: 978-85-8413-344-4

1. Decisões Judiciais. 2. Direito. 3. Rol de Procedimentos
da ANS. 4. Tribunais Superiores. I. Título. II. Assunto. III. Or-
ganizadoras.

CDD 341.419

CDU 347.991

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Processual: Cortes e Tribunais.

2. Tribunais Superiores.

APRESENTAÇÃO

Nesta coletânea apresentamos um conjunto de artigos científicos selecionados e escritos por jovens pesquisadores que apontam algumas das tendências verificadas através de pesquisas em diversas áreas do Direito. São seis capítulos que têm o intuito de fomentar o debate e instaurar algumas possibilidades críticas analíticas acerca da ciência jurídica brasileira.

O primeiro capítulo *Ativismo Judicial X Efeito Backlash: Taxatividade (Ou não) do Rol de Procedimentos da ANS*, a pesquisadora *Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira* aborda a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2022, que considerou taxativo, como regra, o rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar e desencadeou, a partir desse posicionamento, a reação legislativa para sua derrubada, após forte apelo popular. A edição da Lei nº 14.454/2022 veio como rápida resposta ao ativismo judicial, superando a aludida jurisprudência.

Considerações sobre a Aplicabilidade da Causa de Aumento do Repouso Noturno aos tipos Qualificados do Furto é o segundo capítulo também de *Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira*, e destaca os posicionamentos antagônicos que prevalecem atualmente nos precedentes dos Tribunais Superiores acerca da aplicação da causa de aumento do repouso noturno ao furto qualificado. O que antes era uníssono na jurisprudência pátria ganhou novos contornos após uma girada no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

O terceiro *A Equiparação do Crime de Injúria Racial ao Crime de Racismo*, de Amanda Vieira Abreu referencia que a nova lei está em conformidade com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que havia equiparado o crime de injúria racial ao de racismo.

Já no quarto capítulo *À luz do princípio da proporcionalidade, a condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio) não configura reincidência* Amanda Vieira Abreu, conclui diante de todas as considerações feitas, que não se afigura razoável permitir que uma conduta com 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.

Acrescentando o debate Maíra Santos dos Anjos endossa a coletanea com o tema *Artigo 59 do Código Penal: Circunstâncias Judiciais Sob Análise Jurisprudencial* em que fala como o artigo estudado orienta a aplicação do princípio constitucional da individualização da pena e deve ser observado pelo juízo no momento da fixação da pena-base, o qual ocorre na primeira fase da dosimetria da pena. Endossa a importância de uma análise acerca das principais e recentes decisões dos Tribunais Superiores sobre a temática, de modo a definir, com maior precisão, o conceito dessas circunstâncias e a melhor aplicação do dispositivo legal.

Finalizando Maíra Santos dos Anjos com o capítulo *Defensoria pública: atuação extrajudicial e a constitucionalidade da prerrogativa de requisição* em que se destaca a importante análise sobre a prerrogativa de requisição, conferida legalmente à Defensoria, especialmente a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua constitucionalidade.

Professor Afonso Nascimento

Sumário

ATIVISMO JUDICIAL X EFEITO BACKLASH:
TAXATIVIDADE (OU NÃO) DO ROL DE
PROCEDIMENTOS DA ANS

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

9

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA
CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO
AOS TIPOS QUALIFICADOS DO FURTO

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

23

A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA
RACIAL AO CRIME DE RACISMO

Amanda Vieira Abreu

39

À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE,
A CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006
(PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO) NÃO
CONFIGURA REINCIDÊNCIA

Amanda Vieira Abreu

57

ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL:
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOB ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL

Maíra Santos dos Anjos

77

DEFENSORIA PÚBLICA: ATUAÇÃO
EXTRAJUDICIAL E A CONSTITUCIONALIDADE
DA PRERROGATIVA DE REQUISIÇÃO

Maíra Santos dos Anjos

105

ATIVISMO JUDICIAL X EFEITO BACKLASH: TAXATIVIDADE (OU NÃO) DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS



Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

RESUMO:

Este artigo aborda a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2022, que considerou, como regra, taxativo o rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar e desencadeou, a partir desse posicionamento, a reação legislativa para sua derrubada, após forte apelo popular. A edição da Lei nº 14.454/2022 veio como rápida resposta ao ativismo judicial, superando a aludida jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Tanto a lei de regência dos planos de saúde como a que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) determinam a competência desta autarquia federal para a elaboração da lista dos procedimentos e eventos a serem custeados pelos planos de saúde. A referida lista foi então produzida, via regulamento, e é constantemente atualizada, a fim de se adequar ao contexto social e à evolução medicinal.

O embate no tema surgiu após a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça a esse rol de procedimentos, em *overruling*, considerando-o taxativo, como regra. Afastou-se, assim, a responsabilidade dos planos de cobrir os tratamentos não contemplados expressamente na lista.

A referida decisão foi recebida com forte irrisignação da sociedade, em especial dos pacientes usuários de plano de saúde, que dependem desta via para ter acesso rápido e eficiente aos tratamentos que, em muitas vezes, salvam-lhes da morte.

O caloroso debate, que tomou grandes proporções devido ao atual alcance que as redes sociais atingem, levou o Congresso Nacional a dar rápida resposta aos seus eleitores. Através do fenômeno da reação legislativa, foi editada lei em direção oposta ao precedente judicial, admitindo o rol da ANS como parâmetro apenas de referência e, assim, possibilitando que sejam atendidos outros procedimentos fora dos previstos na lista oficial.

O presente trabalho busca, portanto, explanar os fundamentos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a se posicionar pela taxatividade do rol, bem como apresentar o potente poder da massa popular em derrubar rapidamente uma decisão de Tribunal Superior, através de seus representantes eleitos, quando destoa dos seus interesses sociais.

1. A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E O ROL DE PROCEDIMENTOS A SEREM CUSTEADOS PELOS PLANOS DE SAÚDE

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é uma autarquia sob regime especial, criada pela Lei nº 9.961/2000 e vinculada ao Ministério da Saúde. Como agência reguladora, ela é responsável pela normatização e fiscalização das atividades dos planos de saúde do Brasil.

Entre as suas incumbências, está a elaboração da lista de procedimentos a serem custeados pelas operadoras de planos de saúde, conforme estipulado no artigo 4º, III, da referida lei:

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionais.

Através do procedimento denominado pela doutrina de “delegificação”, a lei de criação da autarquia ampliou o poder regulamentar desse ente, atribuindo-lhe a competência para desinchar a norma de regência, firmando os parâmetros a serem observados. Sobre o fenômeno da “delegificação”, explica Eduardo García de Enterría:

[é] a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por

determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora.

A referida incumbência da ANS em elaborar o citado rol de procedimentos e eventos também foi reproduzida na Lei nº 9.656/98, que regula os planos de saúde, em seu artigo 10, §4º, com redação atual dada pela Lei nº 14.454, de 2022:

Art. 10 (...)

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

O rol em vigor é regulamentado pela Resolução Normativa nº 465/2021 e seus Anexos (RN ANS nº 465/2021), correspondendo a cobertura assistencial mínima obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e os contratados em data anterior, mas adaptados à Lei nº 9.656/1998.

A primeira lista que foi criada pela ANS, em 1998, contemplava 1.234 itens, compostos por medicamentos, cirurgias, consultas e exames. Após constantes atualizações, atualmente essa

lista consta com 3.400 itens, a serem observados pelos planos de saúde. Dentre eles, estão os procedimentos relacionados a todas as doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme imposição da Lei dos Planos de Saúde (9.656/98).

Embora se tratasse, a priori, de uma cobertura mínima, o que se via, na prática, era a utilização desse rol, pelas operadoras de saúde, como limitador de autorização de procedimentos.

Assim, a discussão sobre a taxatividade ou não da lista oficial esteve presente no Judiciário brasileiro, ao longo dos anos, tendo como predominante, até então, o entendimento que concebia caráter exemplificativo a esse rol. Ou seja, não estavam esgotados os procedimentos que deveriam ser cobertos pelos planos de saúde.

Esse era, inclusive, o posicionamento de parte do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado em julgados anteriores da 3ª Turma. Todavia, a 4ª Turma deste Tribunal firmava seu entendimento pela taxatividade do rol. A divergência que pairava no Órgão foi, então, dirimida com a decisão do EREsp 1.886.929/SP e do EREsp 1.889.704/SP, que reuniu todos os ministros das mencionadas Turmas. No julgamento iniciado em 2021 e encerrado em junho de 2022, a Segunda Seção, por maioria de votos, concluiu pela taxatividade, como regra.

2. A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 08 de junho de 2022, proferiu decisão, uniformizando o entendimento, que até então estava divergente entre as Terceira e Quar-

ta Turma. A Corte concluiu pela taxatividade, em regra, do rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde (ANS), afastando a obrigação das operadoras de saúde de cobrirem tratamentos não previstos na lista. Esse entendimento alterou a jurisprudência que estava consolidada há mais de quinze anos sobre o tema.

Fixada a regra, foram também delimitados os parâmetros para que, em situações excepcionais, as operadoras custeassem procedimentos não previstos na lista, criando-se uma taxatividade mitigada. Por maioria as teses fixadas foram as seguintes:

1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;
2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;
4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível,

o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

O entendimento que prevaleceu no julgado foi o do relator, ministro Luís Felipe Salomão, com inclusão de pontos apresentados pelo voto-vista do ministro Villas Bôas Cueva. Seguindo o relator, votaram os ministros Raul Araújo, Isabel Gallotti, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

Por outro lado, foram votos vencidos os ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Moura Ribeiro e a ministra Nancy Andrighi, que entendiam pelo caráter exemplificativo da lista da ANS.

Entre os fundamentos do voto prevalecente, foi mencionado que a taxatividade do rol é fundamental para o funcionamento adequado do sistema de saúde suplementar, pois garante proteção, inclusive, para os beneficiários. Haveria prejuízos aos usuários se as ordens judiciais pudessem obrigar os planos a arcar indiscriminadamente com procedimentos fora da lista da autarquia.

Outro ponto levantado, foi a segurança que era obtida com a avaliação criteriosa feita pela ANS para novos fármacos, principalmente sobre a eficácia dos tratamentos e a adoção de novas tecnologias em saúde.

Salientou-se, ainda, que essa é a prática comumente adotada mundo afora, inexistindo lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória pelos planos privados.

Conforme estabelece a doutrina *chenery*, é vedado ao Judiciário, de forma discricionária, substituir a Administração Públi-

ca no exercício de sua função regulatória, pois esta se baseia em profundo estudo técnico.

Já nos fundamentos acrescentados pelo voto-vista, foi dito pelo ministro Villas Bôas Cueva que:

O que consta no rol da ANS – atualizado periodicamente, com auxílio técnico e participação social e dos demais atores do setor –, são procedimentos mínimos obrigatórios para tratar doenças catalogadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e que devem, necessariamente, ser oferecidos pelas operadoras de planos de saúde. Todavia, essas são exigências mínimas obrigatórias, não sendo vedada a contratação de coberturas ampliadas.

O mesmo ministro ressaltou, também, que a ANS define o rol a partir de sucessivos ciclos de atualização, em prazo que foi reduzido de dois anos para seis meses. Para tal atualização, são levadas em consideração análises técnicas e de impacto orçamentário, além de ter participação social ativa, com o envio de sugestões.

O voto esclareceu, ainda, que firmado esse rol obrigatório, é possível que os as partes ajustem a contratação de coberturas ampliadas, prestadas as devidas informações e esclarecimentos ao consumidor, para que este possa decidir entre as opções disponíveis.

Assim, ao Judiciário caberia apenas o combate a eventuais abusos, bem como a análise das situações excepcionais, nas quais o plano deve garantir a cobertura de procedimento não previsto pela agência reguladora, desde que não exista substituto terapêutico ou sejam esgotados os procedimentos do rol da ANS, e haja o preenchimento dos seguintes requisitos pelo tratamento

indicado: a) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; b) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; c) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e d) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar.

Finalizou, assim, o placar do julgamento em 6 votos a 3, refletindo que ainda persistia uma divergência de entendimentos no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

3. A REAÇÃO LEGISLATIVA (EFEITO BACKLASH)

A Lei nº 14.454, publicada em 14 de setembro de 2022, foi a resposta legislativa aos anseios populares, que criticaram a decisão prolatada pela Corte Superior. Diversas associações de pacientes usuários de planos de saúde mobilizaram-se contra a interpretação conferida pelo STJ ao rol da ANS, com apelos em mídias sociais e manifestações públicas, pois o custeio dos tratamentos seria interrompido a partir desse posicionamento.

Em rápida reação legislativa, após apenas dois meses do precedente judicial, a citada lei entrou em vigência, alterando as normas dos planos de saúde (Lei nº 9.656/1998), ao incluir critérios que permitem a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão previstos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar.

Pelo novo regramento, extirpou-se a interpretação judicial anterior de taxatividade, como regra, e adotou-se a lista da ANS

como uma espécie de referência básica, sem excluir a possibilidade de custeio de procedimentos que ali não constem, desde que observados alguns requisitos, como se observa abaixo:

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais. (NR)

O movimento popular que desencadeou a edição dessa lei chegou às próprias galerias do Congresso, que, durante a votação, foram lotadas por grande massa popular, o que levou as sessões a serem cenário de discurso ideológico e cativante pelos políticos aos seus eleitores.

O fenômeno que aconteceu no caso é conhecido doutrinariamente como reação legislativa e decorre do efeito *backlash*.

Este é tido como a reação social ocasionada a partir de uma decisão importante de Tribunal Superior, que fixa tese sobre questões de ordem social e institucional relevantes à população. A partir desse inconformismo geral, surge a atuação do Poder Legislativo, de forma rápida, efetiva e constitucional, dando vitória aos apelos da sociedade civil.

Poucos meses após a publicação dessa lei, em novembro de 2022, foi a vez do Supremo Tribunal Federal se manifestar sobre o tema, no julgamento de ações de controle de constitucionalidade (ADPFs 986 e 990 e ADIs 7.088, 7.183 e 7.193). Entretanto, os ministros, entenderam pelo não conhecimento das ações relativas à constitucionalidade da taxatividade do rol, em razão da perda do objeto por causa do advento da Lei nº 14.454/2022. Na ocasião do julgamento virtual, foi dito pelo ministro Dias Toffoli:

Antecipo que acompanho o voto relator na maior parte de sua extensão. O faço inclusive no que tange ao não conhecimento dos pedidos relativos à explicitação da natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Com efeito, a tese da natureza taxativa desse rol, firmemente combatida pelos autores das ações em julgamento, foi expressamente superada pela superveniente Lei nº 14.454/2022.

Essa lei representa uma reação legislativa ao paradigma da taxatividade, após uma onda de reações da sociedade civil à tese. A superação legislativa do rol taxativo se evidencia pelo que dispõe o § 13 do art. 10 da Lei nº. 9.656/1998, com a redação dada pela Lei nº. 14.454/2022, o qual permite a cobertura de tratamento ou procedimento não previsto no rol, desde que observados determinados requisitos.

(...)

Percebe-se que o poder legislativo trouxe uma definição para a relevante e delicada controvérsia acerca da natu-

reza do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, não havendo razão para reabrirmos a discussão no Supremo Tribunal Federal. O poder judiciário não pode deixar de fornecer respostas para as questões mais sensíveis da democracia brasileira, sempre que acionado. No entanto, deve ser capaz de reconhecer quando determinada questão recebeu solução satisfatória e pacificada pelo poder legislativo.

Percebe-se, portanto, que a tendência da Suprema Corte é de considerar constitucional as novas normas legislativas editadas sobre o rol de procedimentos, afastando que o Judiciário promova interpretação oposta.

Merece destaque, por fim, a informação de que a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas) propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.265, em face da nova lei, a qual está pendente de julgamento, mas que tende a se decidir pela sua improcedência, conforme fundamentos acima expostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema apresentado nesse artigo teve uma reviravolta jurisprudencial em decisão do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2022, que alterou o entendimento consolidado há mais de 15 anos sobre o rol exemplificativo dos procedimentos da ANS, reconhecendo a sua taxatividade mitigada.

Essa decisão gerou uma onda popular de inconformismo, o denominado efeito *backlash*, com a conseqüente reação legislativa, editando a Lei 14.454/2022, que consagrou lista da ANS como uma espécie de referência básica, sem excluir a possibilidade de custeio de procedimentos que ali não constem.

Percebe-se, assim, a importância do fenômeno do *backlash*, pois promove a legitimidade democrática na interpretação constitucional, enriquecendo a discussão sobre questões de relevância social apreciadas pelo Judiciário.

Merece destaque, por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, embora tenha declarado a perda do objeto das ações ajuizadas sobre esse ponto, apresentou argumentos que demonstram a sua validação à resposta dado pelo Poder Legislativo para a sociedade, com a criação daquela lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito, Revista Informação Legislativa, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <<https://>>

processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202002014981&dt_publicacao=27/06/2022>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 130.952/MG, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/2/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437852>>.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo ou taxativo? O plano de saúde pode se recusar a cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de que o referido tratamento não está previsto na lista de procedimentos da ANS?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c876914f82ce54cb533b186afd41166e>>. Acesso em 13 dez. 2022

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO AOS TIPOS QUALIFICADOS DO FURTO

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira



RESUMO:

Este artigo aborda os posicionamentos antagônicos que prevalecem atualmente nos precedentes dos Tribunais Superiores acerca da aplicação da causa de aumento do repouso noturno ao furto qualificado. O que antes era uníssono na jurisprudência pátria ganhou novos contornos após uma girada no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Ao crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal, foi elencada a causa de aumento de pena de um terço, quando cometido no período de repouso noturno (§1º). Embora tenha sido redigida abaixo do tipo simples, previsto no *caput*, muito se discute sobre a possibilidade de sua incidência também na modalidade qualificada do furto (§4º).

Sobre o viés doutrinário, grandes doutrinadores pátrios, a exemplo de Rogério Greco e Nelson Hungria, defendem a impossibilidade de se admitir o uso da majorante ao furto qualificado, em razão da posição topográfica adotada pelo legislador, sendo essa a posição prevalecente na doutrina. Por outro lado, rebate estudiosos, como Guilherme de Souza Nucci, ao argumentar que apenas a localização da norma no diploma não é capaz de afastar a aplicação do aumento, quando houve o enquadramento da conduta na situação de maior reprovabilidade.

Já a jurisprudência possuía histórico aliado à primeira corrente retromencionada, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) caminhado ao longo de mais de uma década nesse sentido (2000-2013). Contudo, a partir de 2014, alterou-se esse entendimento, para seguir a linha aceita no Supremo Tribunal Federal, que admite a aplicação da causa de aumento de pena do artigo 155, §1º, do Código Penal tanto ao furto simples como ao qualificado.

Entretanto, nova virada aconteceu no segundo semestre de 2022, quando no julgamento de recursos especiais repetitivos (Tema 1.087), a Terceira Seção do STJ voltou ao seu posicionamento originário, excluindo a possibilidade de aplicação da majorante do repouso noturno à forma qualificada, criando, então, divergência jurisprudencial sobre o tema.

Ambos os posicionamentos possuem fundamentação sólida na sua proteção, como se verá na explanação do presente trabalho.

1 A PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE FURTO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O crime de furto tem previsão no Capítulo I, Título II, do Código Penal, sendo a primeira espécie, do gênero “Dos Crimes Contra o Patrimônio”, tipificada pelo legislador.

O artigo 155 deste diploma legal, por sua vez, traz a descrição do fato típico do furto e é dividido em *caput* e mais oito parágrafos, contemplando a forma simples do crime, majorantes, qualificadoras e privilégio, como se vê abaixo:

DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I

DO FURTO

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Pela ordem descrita no artigo, verifica-se que o legislador posicionou a causa de aumento de pena relacionada a prática

do crime durante o período de repouso noturno logo abaixo do *caput* que traz o tipo penal simples. Apenas após dois parágrafos, é que se passou a expor os tipos qualificados.

A dúvida que surgiu, a partir disso, é se a opção feita pelo legislador na localização da referida majorante foi intencional, para fazer repercuti-la apenas na modalidade básica do furto, ou se o posicionamento não prejudica a sua incidência nas demais modalidades de furto previstas posteriormente.

2 FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO

O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento tranquilo sobre a possibilidade de conjugar a majorante do repouso noturno com os crimes de furtos qualificados. A Corte Suprema entende que por serem qualificadoras de cunho objetivo concorrendo com uma majorante também objetiva, não há contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica entre elas quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Ressalta, também, a inexistência de vedação legal a impedir a aplicação.

Outrossim, o STF considera que a posição topográfica dos dispositivos, por si só, não é critério suficiente para concluir pela incompatibilidade. Entende que essa mesma análise já foi antes realizada sobre a localização da privilegiadora do § 2º do artigo 155 do CP, que vem antes das qualificadoras, para aplicá-la em concomitância ao furto qualificado (Súmula 511 do STJ¹), e da

1 Súmula 511/STJ: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”

privilegiadora, disposta no § 1º do artigo 121 do Código Penal, que foi considerada aplicável ao homicídio qualificado (§2º).

Ou seja, a Corte Cidadã ressalta que, caso a ordem de dispositivos fosse realmente critério delimitador, não se poderia conceder os benefícios acima entabulados, pois a *ratio decidendi* é a mesma.

Curvando-se a esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça modificou a orientação que vinha sendo adotada, até 2014, e passou a seguir a linha que admite a referida majoração do tipo qualificado, posição que perdurou até 2022, como se explanará no tópico seguinte.

Também na doutrina, há defensores da tese de que a hermenêutica jurídica a ser aplicada ao tipo deve chegar à conclusão de que é possível aplicar a causa de aumento do §1º aos tipos do §4º. Nesse sentido, narra Guilherme de Souza Nucci, ao considerar que

a estrutura do tipo penal incriminador constitui-se da figura básica, comumente prevista no caput, sem a qual o crime inexistente, além de comportar variadas circunstâncias, particulares maneiras de se realizar a infração penal. Essas circunstâncias são formadas de elementos basilares e universais, tais como motivação do agente, comportamento da vítima, consequências da infração, meio de execução, atributos pessoais do autor (personalidade, conduta social, antecedentes), dentre outros.

Há uma gradação para valorar essas circunstâncias, iniciando-se pela política criminal adotada pelo legislador na construção do tipo incriminador. As mais relevantes, para determinado delito, são eleitas como qualificadoras ou privilégios, capazes de alterar a faixa de fixação da pena; as que vêm na sequência são as causas de aumento

e de diminuição da pena, utilizadas para impor aumentos ou diminuições fracionados, por vezes fixos, noutras variados; em terceiro plano, restam as causas gerais, denominadas agravantes e atenuantes, previstas na Parte Geral, sem um montante predeterminado; finalmente, em carácter residual, estampam-se no art. 59 do Código Penal as denominadas circunstâncias judiciais.

Todas as circunstâncias podem ter diferenciado grau de valoração pela lei penal, mas, na essência, são exatamente as mesmas, ou seja, o motivo fútil (e sua conceituação) não se altera porque é agravante ou qualificadora. No caso de homicídio, atuar por motivação fútil configura qualificadora; porém, fosse um roubo, representaria uma agravante. O ingresso no local pretendido para um furto, valendo-se de arrombamento, simboliza uma qualificadora; fosse uma apropriação indébita, poderia significar uma circunstância judicial.

[...]

analisando a composição dos tipos penais, a única estrutura permanente e intangível diz respeito ao caput, representativo da figura básica do delito. No mais, deve-se interpretar cada um dos parágrafos constantes do tipo, de acordo com sua natureza jurídica, jamais pela singela posição

ocupada. Se primeiro, terceiro ou oitavo, pouco importa, pois o legislador não segue uma regra, bastando conferir os tipos existentes para constatar que qualificadoras ou privilégios podem ocupar o parágrafo primeiro, como podem estar no último parágrafo do artigo. O mesmo se diga das causas de aumento e diminuição. Somente as agravantes e atenuantes estão sempre na Parte Geral (arts. 61 a 65, CP), bem como as circunstâncias judiciais, no art. 59 do Código Penal.

[...]

não há motivo algum para se desprezar uma causa de aumento ou diminuição, quando perfeitamente compatível com a situação fática descrita por uma ou mais qualificadoras, pela simples razão topográfica. O mesmo não se deve fazer com relação às causas de diminuição, no tocante às qualificadoras (Tratado Doutrinário e Jurisprudencial. Direito Penal: parte especial e legislação penal especial. São Paulo: RT, 2018, p. 283-285).

Sintetizando, portanto, os fundamentos dos defensores dessa tese, tanto da doutrina como da jurisprudência, têm-se os seguintes pontos:

- a) a circunstância de a causa de aumento de pena referente ao cometimento do furto durante o repouso noturno encontrar-se topologicamente acima das disposições relativas ao furto qualificado não impede sua incidência;
- b) a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período;
- c) a circunstância em que se dá a causa de aumento de pena pelo cometimento de furto durante o repouso noturno guarda compatibilidade com o tipo penal furto, simples ou qualificado, não se constatando, nesse proceder, assimetria – seja de ordem objetiva seja de ordem subjetiva – quando da conjugação desses dispositivos na aplicação da pena.

Assim, percebe-se que a adoção desse posicionamento está pautada em argumentos sólidos, razão pela qual a tendência atual da Suprema Corte é de manter a orientação em apreço.

3 FUNDAMENTOS PELA INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO

Sob o enfoque doutrinário, prevalece o posicionamento de que a causa de aumento da pena do repouso noturno apenas se aplica ao furto simples. Assinam essa tese, grandes nomes como Fernando Capez, Damásio de Jesus, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado. Nas palavras, também, de Rogério Grecco, a causa de aumento de pena do repouso noturno:

somente se aplica ao furto simples, não sendo permitida causa de aumento de pena nas hipóteses de furto qualificado. Isso porque, de acordo com a situação topográfica do parágrafo sub examen, fosse intenção de aplicá-la também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal (Curso de Direito Penal: parte especial. 14. ed., Niteroi/RJ: Impetus, 2020; v. II, p. 523).

Aliado a essa corrente, o Superior Tribunal de Justiça por muitos anos sustentou que a causa especial de aumento do § 1º do art. 155 do CP somente incidia sobre o furto simples, sendo, pois, descabida sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4º, do CP). Para tanto, considerava a posição sistemática dos dispositivos na construção do tipo penal e o fato de as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4º já serem graves o suficiente para determinar justa punição ao autor da infração penal.

Após alguns anos curvado ao posicionamento do STF, a Corte Superior resolveu revisitar o tema, ao expor que a orientação

que estava sendo adotada de aplicabilidade da majorante ao furto qualificado não era compatível com a melhor interpretação da norma, nem com o contexto social dela decorrente.

Considerou, então, a necessidade de nova construção de jurisprudência e o ideal momento de realização que se abria, que era através da via dos recursos especiais repetitivos, possibilitando a criação de um posicionamento judicial vinculatório com longevidade.

Foi, então, no julgamento do Tema 1.087, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fixou a seguinte tese:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento.

2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP.

3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação

com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade.

4. Tese jurídica: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º).

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022.)

Ao se debruçar sobre os fundamentos já antes utilizados e que envolvem os métodos hermenêuticos sistemático-topográfico e teleológico, a Terceira Seção do STJ concluiu pela volta do posicionamento da inaplicabilidade do aumento pelo período noturno aos furtos qualificados.

Sobre o método sistemático-topográfico, o qual define a extensão interpretativa de um dispositivo legal considerando sua localização no conjunto normativo, entendeu que a técnica legislativa escolhida não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Para que fosse considerada aplicável a majorante no furto qualificado, deveria o legislador colocar o § 1º após a pena atribuída, o que não ocorreu. Se a qualificação do delito é apresentada em parágrafo posterior ao que trata da majorante, é porque o legislador optou por afastar a incidência desta em relação aos crimes qualificados previstos no seguinte § 4º.

Quanto ao método hermenêutico teleológico, o qual analisa o objetivo da norma e fins sociais a que se propõe, o precedente estabeleceu que é necessária a observância dos princípios da proporcionalidade e da taxatividade. Pela proporcionalidade, buscar-se-ia tanto evitar o excesso de punição como a prote-

ção insuficiente aos bens jurídicos; enquanto pela taxatividade, a exigência é de que a norma positivada seja clara e precisa, a fim de fugir de discricionariedades, ao passo em que se facilita a compreensão dos destinatários.

Aplicando esses conceitos ao caso da majorante do furto noturno para as hipóteses do furto qualificado, tem-se como resultado um quantitativo excessivo, que ofende o princípio da proporcionalidade, pois se teria uma pena de 10 anos e 8 meses, patamar que inclusive é superior ao delito de roubo, crime de maior reprovabilidade, por afetar não só bens patrimoniais, mas também a integridade corporal.

Ainda sob o enfoque da proporcionalidade, o precedente do STJ trouxe a análise do viés da política criminal, por entender que a severidade da pena que seria imposta não contribuiria para a concretização do escopo preventivo, repressivo e reabilitatório do Direito Penal, pois busca resolver as questões sociais mediante a exagerada edição da legislação penal e processual penal mais severa, sem considerar, de outra banda, as limitações do aparato estatal, relacionadas aos estabelecimentos prisionais e a sobrecarga dos tribunais, por exemplo.

Por outro lado, a ressaltou-se que não se ignora o fato de que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período e excluir a incidência da majorante também ofenderia o princípio da proporcionalidade. A solução encontrada para tanto foi a de considerar essa prática do furto durante o período de repouso noturno como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do CP).

Com relação à análise da taxatividade na aplicação da causa de aumento da pena do art. 155, § 1º, do CP, a decisão expôs que

não há precisão e clareza desejáveis, pois, a norma não trouxe elementos que lhe confirmem extensão para que incida nas hipóteses do furto qualificado. Considerou que a extensão para tanto resultaria em um agravamento da situação do réu, o que destoaria das garantias do Direito Penal.

Por fim, sobre o fundamento utilizado pela corrente que admite a aplicação da causa que argumenta pela equiparação das razões de decidir usadas na jurisprudência do furto privilegiado -qualificado e do homicídio privilegiado-qualificado, para o atual posicionamento da Terceira Seção do STJ, não merece prevalecer. Isso porque se trata de hipóteses fático-jurídicas diversas, sendo a primeira de uma causa de aumento, uma norma penal incriminadora; e as outras, referem-se a normas penais não incriminadoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema apresentado nesse artigo é objeto de grandes discussões ao longo dos anos, tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo que nesta última foi novamente palco para divergência, após ter se mantido por um tempo em tratamento uníssono nos Tribunais Superiores.

Com a tese firmada no Tema 1.087, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça reavivou os fundamentos nos quais se sustentam tanto a defesa da aplicação da causa de aumento de pena do § 1º do art. 155 do CP (furto praticado em período de repouso noturno) aos tipos qualificados (art. 155, § 4º, do CP), como a argumentação pela inaplicabilidade da majorante a essas espécies, posicionando-se no sentido da segunda linha.

Por outro lado, as últimas manifestações do Supremo Tribunal Federal, que foram anteriores ao mencionado precedente modificador, permanecem seguindo a tese da aplicabilidade, o que deve se manter.

Todavia, com relação à prática forense, ressalva-se que o cenário provável é pela prevalência do entendimento atual da Terceira Seção do STJ, pois como a sua orientação foi favorável ao réu, o Ministério Público não conseguirá levar a discussão para o STF, já que não cabe recurso extraordinário, por inexistir ofensa direta à Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm#art155%C2%A71>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202002014981&dt_publicacao=27/06/2022>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 130.952/MG, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/2/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437852>>

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A causa de aumento de pena do § 1º do art. 155 do CP, além de se aplicar para os casos de furto sim-

ples (caput), pode também incidir nas hipóteses de furto qualificado (§ 4º). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/afb0b97df87090596ae7c503f60bb23f>>. Acesso em: 13/12/2022

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2020, p. 523-524.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VII, p. 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL AO CRIME DE RACISMO



Amanda Vieira Abreu

RESUMO:

O presente artigo objetiva tecer breves considerações a respeito da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que equiparou o crime de injúria racial ao de racismo, abordando as diferenças conceituais apontados pela doutrina pátria entre os dois delitos e a imprescritibilidade do crime de injúria racial, como forma de conferir efetividade ao mandado constitucional de combate ao racismo estrutural no Brasil. Por fim, analisa a recentíssima alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.532/2023, publicada em 11 de janeiro de 2023, em que o crime de injúria racial foi inserido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989).

Inicialmente, impende registrar que antes da edição da Lei nº 14.532/2023 os crimes de injúria racial e de racismo eram tratados como delitos distintos pela doutrina. Enquanto que o crime de injúria racial encontrava-se inserido no capítulo dos crimes contra a honra, previsto no art. art. 140, § 3º do Código Penal, o crime de racismo tem previsão art. 20 da Lei nº 7.716/89. Vejamos:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

(...)

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

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Anteriormente à alteração promovida pela recente legislação, a doutrina, tradicionalmente, apontava as principais diferenças entre as duas infrações, a fim de evitar a confusão entre eles.

No crime de injúria racial, o agente ofende, insulta, ou seja, xinga alguém utilizando elementos relacionados com a sua raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Assim, a ofensa é praticada contra uma pessoa determinada ou um grupo determinado de indivíduos, como por exemplo cinco amigos negros, árabes etc. Neste tipo penal, a intenção do agente é

atacar a honra subjetiva de uma pessoa ou de um grupo determinado de pessoas, utilizando os elementos já mencionados.

Tratava-se de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima, nos termos do disposto no art. 145, parágrafo único, do Código Penal.

Já no crime de racismo, o agente pratica algum ato discriminatório que faz com que a vítima fique privada de algum direito em virtude de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, isto é, a intenção é segregar a pessoa ou um grupo de pessoas por conta de um dos elementos já mencionados.

Também pode ser caracterizado mediante uma ofensa verbal (sem um ato de segregação), desde que a ofensa seja dirigida a todos os integrantes de certa raça, cor, etnia, religião etc.

O agente visa a atingir um determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos, sendo o sujeito passivo indeterminado, como por exemplo quando se impede a entrada de negros em uma festa.

No crime de racismo o bem jurídico tutelado é a igualdade e se trata de crime de ação penal pública incondicionada.

Quanto à imprescritibilidade do crime de racismo nunca houve celeuma, uma vez que o texto da Constituição Federal é expresso nesse sentido:

Art. 5º (...)

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

Contudo, quanto ao crime de injúria existia divergências na doutrina e jurisprudência se também seria imprescritível.

Em julgados recentes, o Superior Tribunal de Justiça vinha fixando o entendimento de que, com o advento da Lei n. 9.459 /97, que introduziu a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, infiançável e sujeito à pena de reclusão. Segue precedentes nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE CERTIDÃO EMITIDA POR SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA ABRINDO PRAZO PARA A RESPOSTA AO REFERIDO RECURSO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO AFERIDA EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N.448 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. DECISÃO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA, IN CASU. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa, porquanto consta dos autos documento assinado por serventuário da justiça certificando que, em 22.1.2015, as partes foram intimadas para responderem, no prazo de 5 (cinco) dias, o recurso de agravo em recurso especial. 2. O agravo é tempestivo, pois consoante a Súmula n.448 do Supremo Tribunal Federal: “O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.” In casu, sequer consta nos autos a informação de que o Ministério Público tenha sido intimado pessoalmente da decisão que inadmitiu o recurso especial. 3. O recurso da parte adversa traz tópico específico acerca da prescrição, não havendo que se falar em decisão extra pe-

tita, no ponto. 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. 5. A injúria racial é crime instantâneo, que se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ofensa. No presente caso a matéria ofensiva foi postada e permaneceu disponível na internet por largo tempo, não sendo possível descartar a veracidade do que alegou a vítima, vale dizer, que dela se inteirou tempos após a postagem (elidindo-se a decadência). O ônus de provar o contrário é do ofensor. 6. A dúvida sobre o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese, deve ser resolvida em favor do processo. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 686965 DF 2015/0082290-3, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 18/08/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2015)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE COMPROVADA. AGRAVO CONHECIDO. INJÚRIA RACIAL. CRIME IMPRESCRITÍVEL. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA, EM CASO ANÁLOGO, PELO STF. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO E INDEFERIDO O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Comprovada a republicação da decisão de inadmissão do recurso especial, é reconsiderada a decisão que julgou intempestivo o agravo. 2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97,

introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015). 3. A ofensa a dispositivo constitucional não pode ser examinada em recurso especial, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de matéria constitucional, o qual já se manifestou, em caso análogo, restando a violação do princípio da proporcionalidade da pena cominada ao delito de injúria racial. 4. Agravo regimental parcialmente provido para conhecer do agravo em recurso especial mas negar-lhe provimento e indeferir o pedido de extinção da punibilidade. (STJ - AgRg no AREsp: 734236 DF 2015/0153975-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 27/02/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. ART. 140, § 3º, DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 107, IV, 109, V, E 117, I, TODOS DO CP. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp n. 686.965/DF, Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015) - (AgRg no AREsp n. 734.236/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 8/3/2018). 2. Agravo

regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1849696 SP 2019/0348392-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/06/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2020)

Nesse trilhar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo do HC 154248/DF, julgado em 28/10/2021, por oito votos a um, ficando vencido o ministro Nunes Marques, reafirmou a posição do Superior Tribunal de Justiça e decidiu que a injúria racial é uma modalidade do crime de racismo e, portanto, não pode estar sujeito aos prazos decadenciais que incidem sobre os crimes contra honra, subordinando-se ao inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal.

O Ministro Relator Edson Fachin discorreu acerca das diversas facetas do racismo no Brasil, valendo a pena transcrever, porque oportuno, o seguinte trecho do seu voto:

O conceito de racismo não se confunde com o de preconceito, nem com o de discriminação (embora estejam relacionados). Aquele consiste em processo sistemático de discriminação que elege a raça como critério distintivo para estabelecer desvantagens valorativas e materiais. O preconceito racial é juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertencem a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias (ALMEIDA, Silvio. O que é racismo estrutural? Feminismos plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 25).

A discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. Portanto, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade de efetivo uso da força,

sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça (ALMEIDA, Silvio. O que é racismo estrutural? Femininos plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 25).

A já citada Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública”.

Acerca do ponto central da controvérsia dos autos, o Ministro Relator destacou que:

Nesta esteira, eis a questão central do presente habeas corpus: o crime de injúria racial é ou não uma forma de discriminação racial que se materializa de forma sistemática e assim configura o racismo e, como consequência, sujeita-se ou não à extinção da punibilidade pela prescrição?

A resposta é inequívoca, porquanto a impetração não merece prosperar.

Quando o sujeito ativo dirige ofensas ou insultos à vítima, ofendendo-lhe, conforme a lição de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 13. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 723), deve, para que tal conduta se amolde à descrição típica do art. 140 do CP, macular-lhe a honra subjetiva, “arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma”. Ao examinar os objetos

material e jurídico do crime, o autor afirma que eles são coincidentes: ambos consistem na “honra e [na] imagem da pessoa, que sofrem com a conduta criminosa”.

No § 3º do art. 140 do CP, introduzido pela Lei 9459/1997, prevê-se a forma qualificada do delito, punida com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, para as situações em que à conduta ofensiva ou insultuosa se agreguem elementos atinentes, entre outros, à raça, cor, etnia, religião ou origem.

Desse modo, a prática do crime de injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Em outras palavras, a conduta do agente pressupõe que a alusão a determinadas à honra ou à imagem alheia, à violação de direitos que, situados, em uma perspectiva civilista, no âmbito dos direitos da personalidade, decorrem diretamente do valor fundante de toda a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

A injúria racial consuma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.

Ademais, já assentei aqui que o ponto de partida para os deslinde do objeto do presente habeas corpus é a compreensão acerca do significado de discriminação racial e da sua forma de materialização.

Inegável que a injúria racial impõe, baseado na raça, tratamento diferenciado quanto ao igual respeito à dignidade dos indivíduos. O reconhecimento como conduta criminosa nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo.

Tal agir significa, portanto, a exteriorização de uma concepção odiosa e antagônica a um dos mais fundamentais compromissos civilizatórios assumidos em diversos níveis normativos e institucionais por este país: a de que é possível subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia. Trata-se de componente indissociável da conduta criminosa em exame, o que permite enquadrá-la tanto no conceito de discriminação racial previsto no diploma internacional quanto na definição de racismo já empregada pelo Supremo Tribunal Federal no voto condutor do julgamento do HC 82.424.

A atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural. Também ampliam o fardo desse manifesto atraso civilizatório e tornam ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto.

Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sóciopoliticamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a

violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negandolhe vigência.

O ministro Alexandre de Moraes também destacou que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV, da Constituição). Além disso, lembrou que o país deve pautar suas relações internacionais pelo “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (artigo 4º, VIII, da Constituição).

Consoante o citado Ministro, a Constituição considera inafiançável e imprescritível a prática do racismo, que se refere não apenas a um tipo penal nomeado “racismo”, valendo também para abarcar delitos como a injúria racial, devendo se pautar em uma interpretação que permite uma efetivação plena do combate ao racismo no Brasil. *In verbis*:

Entendo que devemos dar aqui a interpretação que venha a permitir a efetivação plena do combate ao racismo previsto pela Constituição, porque somente com essa interpretação plena, que permita a efetivação do combate ao racismo, nós poderemos produzir efetivos e inúmeros resultados positivos para extirpar essa prática secular no Brasil, promovendo - e aqui vem a ideia de reparação, de redistribuição, de reconhecimento - uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente apli-

cado à população negra no Brasil - a ideia de reparação -, viabilizando, dessa forma, um acesso diferenciado à responsabilização penal daqueles que tradicionalmente vêm desrespeitando e discriminando os negros - a ideia de redistribuição. E somente com isso nós poderemos atenuar, por meio dessas condenações penais - e aqui sempre o sentido de retribuição, mas o sentido de prevenção também -, esse sentimento de inferiorização que as pessoas racistas querem impor às suas vítimas.

Concluiu seu voto nos seguintes termos: “Em conclusão, negar ao crime de injúria qualificada a imprescritibilidade equivaleria a diminuir a máxima efetividade das normas constitucionais, às quais deve ser atribuído o sentido de maior eficiência possível, conforme as regras hermenêuticas de interpretação constitucional. Assim, para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo o ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, deve o art. 140, § 3º, do Código Penal ser interpretado no sentido de ser imprescritível a punibilidade da conduta nele prevista, por força do art. 5º, XLII, da CF.”

O posicionamento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou os efeitos sociais do racismo e pontuou que, ainda que com atraso, o país está reconhecendo a existência do racismo estrutural, salientando que não são apenas as ofensas, pois muitas vezes a linguagem naturalizada embute um preconceito.

Assim, afirmou que: “Estamos todos, no Brasil, precisando passar por um processo de reeducação nessa matéria. Quando

digo todos é para a gente também ter autopercepção de quando, eventualmente, reproduzimos comportamentos indesejáveis. De modo que penso que a condescendência de considerar aqui uma prescrição reduzida e impedir a possibilidade de repreensão adequada seria uma má solução. Ainda que se admitisse, pela literalidade dos textos, a possibilidade de mais de uma interpretação razoável, penso que a Constituição impõe a interpretação que ajuda no enfrentamento ao racismo estrutural brasileiro.”

Também para a ministra Rosa Weber, as ofensas decorrentes da raça, da cor, da religião, da etnia ou da procedência nacional se inserem no âmbito conceitual do racismo e, por este motivo, são inafiançáveis e imprescritíveis.

A Ministra Cármen Lúcia opinou que, mesmo no caso de injúria racial, a vítima não é apenas a pessoa ofendida, mas toda a humanidade.

Por sua vez, o Ministro Lewandowski declarou que o racismo não se limita às condutas previstas pela Lei 7.716/1989. Resaltou que a Constituição Federal, ao estabelecer que a prática de racismo é imprescritível, não estipulou nenhum tipo penal. Segundo ele, isso ocorre porque, ao longo do tempo, essas condutas criminosas se diversificam e é necessário que os delitos específicos sejam definidos pelo Congresso Nacional. Lembrou ainda que o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais em que se compromete a combater o racismo.

Dessa forma, para a Suprema Corte, não há distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei nº 7.716/89 e aquela que era prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, já que, em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliticamente constitui raça, para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido.

Assim, se extrai do precedente que excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização, é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.

Neste ponto, transcrevo a seguir a ementa do julgado em questão:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (STF - HC:

154248 DF 0067385-46.2018.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 28/10/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/02/2022)

Por fim, em recentíssima alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.532/2023, publicada em 11 de janeiro de 2023, o crime de injúria racial foi inserido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), com pena de reclusão de 2 a 5 anos. Veja-se:

Art. 2º - A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Portanto, pode-se concluir que a nova lei está em conformidade com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que havia equiparado o crime de injúria racial ao de racismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 2. 21.ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Injúria racial, crimes contra a democracia e as ofensas a Zanin**. Disponível em: < <https://>

www.conjur.com.br/2023-jan-13/fernando-fernandes-injuria-racial-ofensas-advocacia>. Acesso em: 13 jan. 2023.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. v. 2. 18.ed., Niterói: Impetus, 2021.

LIMA, Paolo. **Injúria Racial se torna imprescritível**: veja os efeitos da decisão. Disponível em: <<https://noticias.cers.com.br/noticia/injuria-racial-se-torna-imprescritivel/>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

_____. **Injúria racial é crime imprescritível, decide STF**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475646&ori=1>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei nº 14.532/23 e o crime de injúria racial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jan-13/romulo-moreira-lei-1453223-crime-injuria-racial?fbclid=PAaaSZ6v2BKuNVO6WakAvFjup7xNIXqOselKIX0PAqcS-ZDFJrCBHvl6XNAJyQ>>. Acesso em: 13 jan. 2023.

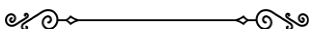
NUCCI, Guilherme. **Só quem nunca sofreu racismo na vida que pensa que isso é mera injúria**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-27/guilherme-nucci-quem-nunca-sofreu-racismo-acha-isso-injuria>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

RODAS, Sérgio. **STF equipara injúria racial a crime de racismo, considerando-a imprescritível**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

VAZ, Daniel Ribeiro. **Racismo x Injúria Racial**: Uma análise sob a ótica do Direito Civil Constitucional. Artigos JusBrasil. 2012. Disponível em <<http://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/121816638/racismo-x-injuria-racial-uma-analise-sob-a-otica-do-direito-civil-constitucional>> Acesso em 05 jan. 2023.



À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE, A CONDENAÇÃO
PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 (PORTE
DE DROGA PARA USO PRÓPRIO) NÃO
CONFIGURA REINCIDÊNCIA



Amanda Vieira Abreu

RESUMO:

O presente artigo objetiva tecer breves considerações acerca da aplicação do instituto da reincidência e seus efeitos na prática do crime de porte ou posse de drogas para uso pessoal, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, abordando os aspectos relacionados às contravenções, que são infrações menos graves. Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RHC: 178512 SP, fixou-se o entendimento de que viola o princípio da proporcionalidade a consideração de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 para fins de reincidência.

A conceito de reincidência penal é previsto no art. 63 do Código Penal em conjugação com o art. 7º da Lei de Contravenções Penais. Vejamos:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Assim, com fundamento nos dois dispositivos acima colacionados, é possível elencar três requisitos imprescindíveis para a configuração da reincidência, **ordenados cronologicamente**: a) um crime, cometido no Brasil ou em outro país; b) condenação definitiva, isto é, com trânsito em julgado, por esse crime; e c) prática de novo crime.

Importa destacar que **a sequência de erros necessária para a reincidência, portanto, é um crime seguido de outro; uma contravenção seguida de outra; ou, ainda, um crime seguido de uma contravenção.**

Por outro lado, da leitura dos artigos transcritos, infere-se que se a pessoa é condenada por uma contravenção, e, em seguida, cometer um crime, ela não será considerada reincidente no seu sentido técnico. A razão de ser desta diferenciação parte da idéia de que o primeiro erro não foi tão grave e, portanto, não deve sofrer consequências penais mais gravosas.

Isso porque, 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. In verbis:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Além de preponderar no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, CP), é possível listar outros efeitos da reincidência: impede a concessão da suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (cf. arts. 44, II ; 60, § 2º e 77, I, CP); aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, se dolosa (art. 83, II); obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semi-aberto, salvo em se tratando de pena detentiva (art. 33, § 2º, *b* e *c*); produz revogação obrigatória do *sursis* na condenação por crime doloso (art. 81, I) e a revogação facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (art. 81, § 1º); acarreta revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a pena privativa de liberdade (art. 86) ou a revogação facultativa daquele benefício, em caso de crime ou contravenção, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 87); revoga a reabilitação quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); aumenta

de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, *caput*); interrompe a prescrição (art. 117, VI) e impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (v. g. arts. 155, § 2º – furto privilegiado; 170 – apropriação indébita privilegiada e 171, § 1º – estelionato privilegiado, CP).

A respeito do 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 trazer 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.

Com a previsão dessa punição mais branda para as pessoas que são usuárias de drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, houve diversas discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343.

Com o advento da Lei de Drogas, Luis Flávio Gomes defendeu que a natureza jurídica da conduta tipificada no art. 28 seria de infração penal *sui generis*, pois não poderia ser considerado formalmente um crime, já que não prevê pena privativa de liberdade nem multa.

Sustentou o doutrinador que a justificativa para tal conclusão seria a de que segundo a lei de introdução ao Código Penal (DL 3.914/1941), artigo 1º, não se poderia classificar o artigo 28 da nova lei de drogas nem como crime e nem como contra-

venção. Não podendo ser crime pois não prevê pena de reclusão ou detenção e não podendo ser classificado como contravenção pois não prevê multa isolada e nem prisão simples. Veja-se:

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.

Leciona Gomes (2013, p. 122):

À luz do princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real [não se admite a punição por crimes de perigo abstrato], transcendental [afetação contra terceiros], grave ou significativa [fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal] e intolerável. Logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais [v.g., tentativa de suicídio, autolesão, etc.]. Por isso, como o porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal de tal conduta.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não acolheu a tese da descriminalização. A Suprema Corte, no julgamento de Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ, entendeu 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. Desse modo, a conduta de portar e consumir drogas continua tipificada e considerada ilícita, não houve uma legalização do uso de drogas.

Segue a ementa do julgado no STF:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 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). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 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 abolição criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF - RE-QO: 430105 RJ, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Por oportuno, vale transcrever trecho do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence:

“...a conduta antes descrita no art. 16 da L. 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova. Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L. 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção. A norma contida no art. 1º do LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, 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 serem adotadas pela “lei” (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). IV De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto desprezo do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado – inadvertidamente - a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado), verbis (www.camara.gov.br): “(...) Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas – Título IV. (...) Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que prof-

bem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...).” Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las – advertia com precisão o saudoso Ministro Carlos Maximiliano –, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta. Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” e, a partir daí, analisar se, na Lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime. De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. O uso, por exemplo, da expressão “reincidência”, não parece ter um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do C.Penal (C.Penal, art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”). Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de 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 107 e seguintes do C.Penal (L. 11.343/06, art. 30). Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos – o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição –, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes. O que hou-

ve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º) e L. 9.605/98, arts. 3º 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.” (RE 430.105/RJ Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Nota-se que na decisão da Questão de Ordem do Recurso Extraordinário 430.635/RJ, o STF refutou completamente a tese de Luiz Flávio Gomes, que considerava ter ocorrido a descriminalização da conduta estipulada no art. 28 da atual Lei Antidrogas.

Todavia, mesmo tendo o STF se posicionado no sentido de que o porte/posse de drogas para consumo pessoal continua sendo crime, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus RHC 178512 AgR/SP em 22/3/2022, a Corte entendeu que a condenação, *com trânsito em julgado, pelo delito de porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) não gera reincidência.*

Segundo o citado precedente jurisprudencial, 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.

Como já explanado em linhas anteriores, considerando que o art. 63 do Código Penal é expresso ao se referir à prática de novo crime, isto é, o agente tem q ter sido condenado por crime anterior, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência. Assim, um indivíduo condenado por contravenção penal, se praticar em seguida um crime, quando for julgado, não se aplicará a ele a agravante da reincidência.

E se a contravenção é punida com prisão simples e/ou multa (art. 5º, do DL 3688/41) e o art. 28 da Lei de Drogas 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”, sendo que, em nenhuma hipótese, a prática do crime do art. 28 da Lei de Drogas poderá gerar condenação que leve à prisão, é possível concluir que as penas previstas para as contravenções são mais gravosas do que as sanções cominadas para o art. 28 da Lei de Drogas.

Nessa contextura, se as sanções do art. 28 da Lei de Drogas são menos graves que as das contravenções, não se mostra proporcional e razoável considerar que o art. 28 da Lei de Drogas gera reincidência, enquanto que a contravenção penal não tem esse efeito negativo.

Essa foi a linha de argumentação adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA AO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para

consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 3. Não se afigura razoável 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 4. Além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre. 5. Cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, 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” (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo. 6. O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal. 7. Agravo regimental desprovido. (STF - RHC: 178512 SP 0103280-66.2019.3.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 22/03/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 20/06/2022)

Segue trecho do Voto do Ministro Relator Edson Fachin:

No julgamento da Questão de Ordem no RE 430.105/RJ (Relator Sepúlveda Pertence, DJe 27.04.2007), a Primei-

ra Turma do STF firmou a orientação de que a conduta prevista no 28 da Lei 11.343/2006 continua sendo crime, apesar de ter havido a despenalização do tipo com o advento da referida lei.

A constitucionalidade do referido dispositivo está sendo questionada nos autos do RE 635.659 (Relator Gilmar Mendes) na sistemática da repercussão geral. Em 09.12.2011, o Tribunal reconheceu a repercussão geral do tema. Na sessão de 20.08.2015, o Relator votou pelo provimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Em 10.09.2015, manifestei-me pelo provimento parcial do recurso e o Ministro Roberto Barroso acompanhou integralmente o Relator. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. Atualmente, aguarda-se oportuna inclusão em pauta.

A despeito de não haver posicionamento definitivo acerca da matéria no âmbito desta Suprema Corte, **ao meu entender, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e para afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Isso porque não há cominação à pena privativa de liberdade.**

Art. 28 da Lei de Drogas são: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O descumprimento de quaisquer dessas medidas tampouco implica restrição à liberdade do apenado. Nesse caso, nos termos do art. 28, § 6º, da Lei 11.343/06, a consequência poderá ser, sucessivamente, admoestação verbal ou multa.

Nesse contexto, se o legislador excluiu a cominação de pena privativa de liberdade para o tipo art. 28 da Lei de

Drogas, não parece razoável que condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria.

Destaco que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.672.654/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Sexta Turma do STJ, à unanimidade, passou a adotar o entendimento de que “a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade.”

Colho do bem lançado voto da Ministra-Relatora (grifei):
“(...) revendo meu posicionamento, tenho que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade.

É que, como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência pois o artigo 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.

E, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena priva-

tiva de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas .

Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, ocasião em que o ilustre relator, Ministro Gilmar Mendes, votando pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, consignou que “Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.”

Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.”

Observo, ainda, a existência de precedentes monocráticos desta Suprema Corte nessa linha: HC 179.523, Relator Alexandre de Moraes, DJe 19.12.2019; HC 170.906, Relator

Ricardo Lewandowski, DJe 31.05.2019; HC 173725, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 22.08.2019 e HC 148353 TA, Relatora Rosa Weber, DJe 14.10.2019.

Ante o exposto, considerando que a condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/06 foi a única motivação para o agravamento na segunda fase da dosimetria, conforme consta do acórdão do Tribunal local, **afasto a reincidência**.

No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia julgados nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medi-

da educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. 5. Recurso improvido. (STJ - REsp: 1672654 SP 2017/0122665-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2018)

A respeito da violação do princípio constitucional da proporcionalidade, Masson pontua que (2019, p. 42-43, grifou-se):

É desproporcional o reconhecimento da reincidência no delito de tráfico de drogas que tenha por fundamento a existência de condenação com trânsito em julgado por crime anterior de posse de droga para uso próprio. A questão em comento consiste

em verificar se a condenação com trânsito em julgado por crime anterior de posse de droga para uso próprio gera reincidência para o crime de tráfico de drogas. Este Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio (conduta que caracteriza ilícito penal) configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, à falta de preenchimento do requisito legal relativo à primariedade. Ocorre, contudo, que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade. É que, como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência pois o artigo 63 do Código Penal é expresso ao se referir à prática de novo crime. Assim, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não 1.13.1. configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com ‘advertência sobre os efeitos das drogas’, ‘prestação de serviços à comunidade’ e ‘medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo’, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Assim, em

face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

Portanto, diante de todas as considerações feitas, certo é que não se afigura razoável 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **A reincidência no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10763/a-reincidencia-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**. Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 1.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. E-Book. Acesso restrito via Minha Biblioteca

RODAS, Sérgio. **Posse de droga para uso pessoal não conta para reincidência, decide STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-23/posse-droga-uso-pessoal-nao-conta-reincidencia>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Reincidência: requisitos e constitucionalidade. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/agravantes-e-atenuantes-genericas-1/reincidencia/requisitos-e-constitucionalidade>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOB ANÁLISE JURISPRUDENCIAL



Maíra Santos dos Anjos

RESUMO:

O artigo 59 do Código Penal (CP) orienta a aplicação do princípio constitucional da individualização da pena e deve ser observado pelo juízo no momento da fixação da pena-base, o qual ocorre na primeira fase da dosimetria da pena. Analisando o texto legal do CP, verifica-se haver espaço para a discricionariedade judicial na delimitação acerca das circunstâncias judiciais apresentadas pelo legislador. Nesse rumo, inegável a importância de uma análise acerca das principais e recentes decisões dos Tribunais Superiores sobre a temática, de modo a definir, com maior precisão, o conceito dessas *circunstâncias* e a melhor aplicação do dispositivo legal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva trazer considerações sobre o princípio da individualização da pena, com destaque para a análise da primeira fase da dosimetria, orientada pela aplicação do artigo 59 do Código Penal.

A partir de uma breve análise das circunstâncias judiciais apresentadas no referido dispositivo legal, busca-se a reflexão acerca do espaço deixado pelo legislador, ao juízo, no momento de fixação da pena-base. Isso porque tais diretrizes regulamentadas no artigo 59 não apresentam conceito definido, sendo dotadas, em verdade, de alto grau de subjetividade e abstração.

Nesse rumo, necessário analisar os principais entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que seja possível um maior entendimento e definição sobre os aspectos a serem considerados, nos casos concretos, quando da aplicação prática do dispositivo de lei.

1. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA

A individualização da sanção punitiva nasce, através das práticas sociais judiciárias, para fins de adequação da aplicação da pena ao crime em concreto e à figura do condenado, considerando-se as circunstâncias que traduzem as suas particularidades. Nesse rumo, a Constituição Federal de 1988 positivou, no artigo 5º, inciso XLVI, a individualização da pena como princípio-garantia, deixando, no entanto, ao legislador, a tarefa de regulamentá-lo.

Dada a disposição constitucional, a exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro (com base nas alte-

rações da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) trouxe, no bojo de seus itens 49 e 50, a individualização da pena como objetivo a ser assegurado por meio de critérios definidos como (mais) abrangentes e precisos – afirmados no artigo 59 do CP –, a fim de se optar por uma pena necessária e eficaz, no âmbito de sua fixação qualitativa e quantitativa, para a reprovação e a prevenção da conduta criminoso.

O artigo 59 do Código Penal regulamenta diversas diretrizes que orientam a atividade do júízo na primeira fase da individualização (judicial) da pena. Estes critérios de aplicação da reprimenda, os quais recaem sobre o autor do fato e o delito em si, não foram, no entanto, delimitados pelo texto legal. Desse modo, constata-se que o seu reconhecimento – “[...] identificá-los no bojo dos autos e mensurá- los concretamente” (BITENCOURT, 2008, p. 589) – foi deixado a cargo do próprio julgador, pelo que passaram a ser denominados de circunstâncias judiciais.

Segue a redação do dispositivo legal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra

espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Código Penal Brasileiro, Decreto-lei 2.848/1940).

A tarefa de individualizar confere ao juiz um amplo arbítrio no momento da definição do tipo e da medida da sanção, o qual, é preciso esclarecer, não pode ser confundido com qualquer arbitrariedade, visto que o magistrado está adstrito a limites legais e constitucionais e a sua sentença deverá, necessariamente, ser motivada, sob pena de nulidade. Nesse sentido são as determinações da Constituição Federal, bem como do Código de Processo Penal, nesses termos:

Art. 93. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988).

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689/41).

Desse modo, constata-se que o princípio-garantia da individualização da pena resta flagrantemente ofendido quando a atividade judicial, na esfera penal, resulta “[...] sentenças *padro-*

nizadas, que servem para ‘resolver’ todos os casos, para quantificar todas as penas, independentemente das peculiaridades do fato e das singularidades de seus agentes” (BOSCHI, 2011, p. 145, grifo do autor).

Necessário destacar que o artigo 59 do Código Penal integra apenas uma das fases da individualização judicial da pena, através da atividade orientada na dosimetria. Desse modo, importante mencionar o artigo 68 do Código Penal, que normatiza a adoção do método trifásico de aplicação da pena, o qual havia sido traçado por Nelson Hungria. Afirma Boschi:

A discussão sobre o método a seguir, que atravessou todo o período de vigência do Código Penal de 1940, felizmente esgotou seu ciclo em 1984, quando o legislador, ao reformar a Parte Geral, por meio da Lei 7.209/84, optou, relativamente às penas privativas de liberdade, pelo método trifásico, por considerá-lo mais afinado com o sentido da individualização judicial da pena (BOSCHI, 2011, p. 152).

Sob a ótica dessa visão tripartida, então, o dispositivo acima referido dispõe que, em princípio, será definida a pena-base em consonância com as diretrizes do artigo 59 do CP; posteriormente, analisar-se-ão as atenuantes e as agravantes; e, finalmente, serão consideradas as causas de aumento e de diminuição.

Por ser o objeto do presente artigo, volta-se à análise da primeira fase da dosimetria, na qual o juízo deve se restringir aos limites mínimo e máximo eleitos no artigo que prescreve o tipo penal (art. 59, II, CP). Ensina Bitencourt:

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas

circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. De regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal (BITENCOURT, 2008, p. 600).

Segundo Boschi (2011), a pena-base, que servirá para a incidência das circunstâncias legais agravantes e atenuantes, é a primeira referência quantitativa que integra o sistema trifásico de aplicação da sanção penal; o ponto de partida da operação que se destina à individualização judicial da pena privativa de liberdade.

O juiz se utilizará das variáveis previstas no artigo 59 para que possa “*realizar o ideal de pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime*” (Idem, p. 160, grifo do autor). Para executar tal tarefa que lhe foi designada, o magistrado, entretanto, deverá observar o princípio constitucional que lhe impõe o dever de fundamentar cada escolha que fizer, traduzindo a discricionariedade limitada que compõe esse procedimento.

Guilherme de Souza Nucci, com clareza, explica:

Em suma, as circunstâncias judiciais são elementos que volteiam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influem na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado. [...] Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta funda-

mental do magistrado, na sentença condenatória (NUCCI, 2011, p. 456-457).

Urge salientar que o *quantum* de aumento ou de diminuição relativo às circunstâncias judiciais não se encontra normatizado pelo Código, ficando esta definição também a cargo do magistrado. Registre-se que, se não houver dados nos autos que permitam a identificação de qualquer circunstância judicial, a pena-base deverá permanecer, por lógica, em seu limite legal mínimo.

Nesse rumo, as circunstâncias judiciais inseridas no dispositivo de lei supracitado, utilizadas na fixação da pena-base, são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e, por fim, comportamento da vítima.

Dentre essas variáveis, são preponderantes, conforme classificação estruturada por Nucci (2011), a personalidade, os antecedentes e os motivos, todos eles circunstâncias de caráter pessoal (assim como a conduta social do agente e o comportamento da vítima, estes últimos de menor relevância). Ademais, as circunstâncias e as consequências do crime constituem elementos acidentais de caráter fático, ou seja, estão vinculadas ao delito.

A culpabilidade, em particular, seria formada pelo resultado da avaliação dos demais fatores elencados no artigo 59, visto que representa o grau de censurabilidade que o juiz atribuiu ao agente e ao fato cometido. Nesse ponto, imprescindível anotar que essa variável substituiu a expressão “intensidade do dolo e o grau da culpa”, através da Reforma Penal ocorrida em 1984 (Lei nº 7.209/84).

Segundo a exposição de motivos da nova Parte Geral da legislação penalista vigente, a opção pela “culpabilidade”, no artigo

fixador da pena-base, ocorreu justamente pelo fato desse termo exprimir essa ideia de censura, a qual, por ser graduável, incide aumentando ou diminuindo o *quantum* da sanção punitiva.

Bitencourt aduz que o elemento subjetivo do dolo (ou da culpa) “[...] pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura [...]” (BITENCOURT, 2008, p. 590); e vice-versa.

Apesar do que defende o autor, quando se trata de culpa ou dolo, não é apropriado falar em grau ou intensidade, uma vez que esses elementos subjetivos foram introduzidos no tipo penal – mais especificamente, na conduta – pela teoria finalista da ação. Assim, tais conceitos não são analisados quando da fixação da pena, mas muito antes, já que o crime só se configura em sua presença (se o sujeito não agir com dolo ou culpa, a conduta é atípica).

É preciso que se esclareça, no entanto, que o termo culpabilidade apresenta várias acepções. Na primeira delas, é utilizado em sentido estrito, para conceituar o crime, junto ao fato típico e à ilicitude, todos eles elementos genéricos do delito. Em outra (sentido amplo), serve para medir o *quantum* da pena, quando da aplicação do método trifásico da dosimetria; neste âmbito, a culpabilidade traduz juízo de censura acerca da conduta praticada pelo agente. Por fim, ela pode ser associada ao elemento subjetivo do dolo ou da culpa, visto que, na esfera penal, não se admite a responsabilidade penal objetiva (sem culpa).

Greco (2009) lembra que, nessa última vertente, a culpabilidade é entendida apenas como princípio que impede a responsabilidade penal objetiva (*nullum crimen sine culpa*), de forma a não ser erroneamente confundida com dolo e culpa que,

repita-se, foram inseridos na estrutura do tipo penal, não mais pertencendo à culpabilidade vista como elemento conceitual do crime; esta, em verdade, reflete os elementos da imputabilidade do agente, do potencial conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Os antecedentes criminais, por sua vez, consistem no passado criminal do agente, seu histórico de condenações penais transitadas em julgado, que não são aptas a gerar reincidência. Afirma Bitencourt: “por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública” (BITENCOURT, 2008, p. 590).

Para melhor compreensão, importante que sejam diferenciados os institutos da reincidência e dos antecedentes.

Em consonância com os dizeres insertos no artigo 63 do Código Penal, resta configurada a reincidência se o agente praticar novo fato delitivo depois de transitada em julgado sentença condenatória relativa a crime anterior. O art. 64 acrescenta que se tiverem decorrido mais de 5 (cinco) anos entre a data de cumprimento ou extinção da pena (relacionada ao crime com sentença já transitada em julgado) e o delito cometido posteriormente, não haverá reincidência.

Desse modo, se não estiverem preenchidas as exigências necessárias para compor o quadro da reincidência, que é classificada como agravante, as condenações anteriores, desde que passadas em julgados, serão úteis para a mensuração da pena na primeira fase da dosimetria, como maus antecedentes.

A personalidade do agente, da mesma forma que os antecedentes, também é circunstância judicial de caráter pessoal, e está entre as variáveis do artigo 59 que possuem caráter de sub-

jetividade por demais evidente, pelo que, não há dúvidas, torna-se bastante discutível.

E já se percebe, nesse sentido, como é extensa a liberdade que possui o julgador para valorar, nos autos, uma circunstância cujo sentido dispõe de alcance tão amplo. Tanto que Nucci (2011) sabiamente levanta a questão do cuidado que o magistrado deve ter nesse quesito, pois, em inúmeros casos, expressões abstratas (como “personalidade voltada para o crime”) ou sem qualquer embasamento no conjunto probatório são utilizadas somente para que o julgador consiga compor o complexo quadro da personalidade do agente.

A conduta social denuncia o histórico de comportamento do condenado em meio à sociedade – convivência com as pessoas em variados locais, como o ambiente de trabalho e o âmbito familiar. Para Nucci (2011), trata-se da vida do infrator anterior à prática criminosa, que merece ser analisada pela importância que representa para a individualização da pena.

Cabe analisar, também, os motivos do crime, que constituem os precedentes (psicológicos) que determinaram a prática da conduta criminosa. Desde já, anote-se que o dolo e a culpa são fixos, no sentido de que, para um determinado tipo penal, o elemento subjetivo sempre será o mesmo – até porque, para a conduta restar configurada, é necessário que se verifique se ela foi praticada dolosa ou culposamente. Diferentemente, os motivos são circunstâncias judiciais que variam, a depender da figura do delito em concreto.

As circunstâncias do crime, por sua vez, não podem ser confundidas com as diretrizes da segunda e terceira etapas do processo de fixação penal (agravantes, atenuantes e causas de aumento ou de diminuição). “São circunstâncias que escapam à

especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a sanção penal” (JESUS, 2011, p. 601).

Já as consequências do fato delitivo traduzem a sua repercussão, ou seja, os reflexos danosos por ele causados à vítima ou a terceiros, desde que esses danos não sejam aqueles naturalmente provocados pelo crime (resultados típicos) e que, portanto, são presumíveis.

Finalmente, o comportamento da vítima também está inserido no rol das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, uma vez que, em muitos casos, o ofendido age de tal forma, que acaba facilitando – ou mesmo determinando – a conduta do sujeito ativo, conferindo a este o benefício de ter sua pena-base atenuada.

Analisados todos esses elementos acidentais, inegável a reflexão no sentido de que o legislador penal, na estruturação do artigo 59 do Código Penal, utilizou-se de critérios com alto grau de subjetividade, e que não se encontram delimitados pelo texto de lei. Essa indeterminação que marca as circunstâncias judiciais implica necessidade de análise jurisprudencial da temática, a fim de determinar como os Tribunais Superiores orientam a temática nos casos concretos.

2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOB ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Após breve estudo doutrinário acerca do artigo 59 do Código Penal, o qual apresenta os critérios para aplicação da pena na primeira fase da dosimetria (fixação da pena-base), volta-se à análise das chamadas circunstâncias judiciais, mas sob o aspecto jurisprudencial. Desse modo, a partir dos entendimentos dos Tribunais Superiores, é possível reduzir o grau de abertura e abstração deixado pelo legislador, ao júízo, no momento de aplicação da sanção penal.

No tocante à importante distinção entre maus antecedentes – analisados na primeira fase da aplicação da reprimenda – e reincidência – agravante de pena, a ser aplicada na segunda fase da dosimetria –, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) disciplina que a reincidência não pode ser aplicada, ao mesmo tempo, como agravante e circunstância judicial. Essa proibição existe para evitar o “bis in idem”. Contudo, “[...] o juiz pode levar em consideração os maus antecedentes e a reincidência, desde que não tenham, como base fática, as mesmas condenações” (NUCCI, 2011, p. 469).

Sobre a temática, imprescindível colacionar julgado da 3ª Seção do STJ em sede de Recurso Repetitivo:

Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente. STJ. 3ª Seção. REsp 1794854-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 23/06/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1077) (Info 702)

Válido ressaltar que, em conformidade com o teor da Súmula 444 do STJ, é defeso sejam utilizados inquéritos policiais e ações penais que estejam em curso (inclusive com condenações pendentes de recurso), com o objetivo de agravar a pena-base.

Nesse mesmo sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado em sede de repercussão geral: “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.” (RE 591054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014. Repercussão geral. Info 772).

O fundamento para esse posicionamento reside na proteção ao princípio da presunção de inocência (não-culpabilidade), previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Nas palavras de Bitencourt:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes (BITENCOURT, 2008, p. 591).

Importante acrescentar, ainda, o entendimento consolidado na Súmula 636 do STJ: “A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.” (Superior Tribunal de Justiça). Márcio André Cavalcante, muito bem explica que a inteligência da súmula diz respeito à fé pública e valor probante (presunção relativa de veracidade) que existe na folha de antecedentes criminais, a qual contém dados sobre identificação do réu, o crime pelo que foi condenado, bem como a data do trânsito em julgado da condenação (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula 636-STJ. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3bff829dde3583558708865f6de7be37>>. Acesso em: 19/01/2023).

No mesmo sentido, ressalta o professor que, para além da súmula fixada, o STF definiu recentemente que “(...) é possível que a

reincidência do réu seja demonstrada com informações processuais extraídas dos sítios eletrônicos dos tribunais” (STF. 1ª Turma. HC 162548 AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 16/6/2020).

Ainda sobre a temática que distingue os dois institutos, o STJ reiterou sua posição: “A condenação por fato anterior ao delito que se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância judicial negativa, a título de antecedente criminal.” (STJ. 5ª Turma. HC n. 210.787/RJ, Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16/9/2013). No mesmo rumo: “Uma vez existente condenação transitada em julgado por fato anterior ao cometimento do delito sub examine, mostra-se correta a conclusão pela existência de maus antecedentes.” (STJ. 6ª Turma. HC 399.029/PE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 26/06/2018).

Quanto aos conceitos de culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime, Márcio André Cavalcante, com base em julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), explica:

Determinado réu foi condenado por furto qualificado por rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP).

O STF considerou incorreta a sentença do juiz que, na 1ª fase da dosimetria da pena, aumentou a pena-base com fundamento em três argumentos:

a) Culpabilidade. O magistrado afirmou que era patente a culpabilidade do réu considerando que ele tinha plena consciência da ilicitude de seu ato.

O juiz confundiu os conceitos. Para fins de dosimetria da pena, culpabilidade consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Essa culpabilidade de que trata o art. 59 do CP não tem nada a ver com a culpabilidade como requisito do crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa).

b) Antecedentes. O juiz aumentou a pena pelo fato de o agente já responder a quatro outros processos criminais. A jurisprudência entende que, em face do princípio da presunção de não culpabilidade, os inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes (Súmula 444-STJ e STF RE 591054/SC).

c) Circunstâncias do crime. O julgador considerou que as circunstâncias do crime eram negativas porque o crime foi praticado com rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Aqui, o erro do magistrado foi utilizar como circunstância judicial (1ª fase da dosimetria) um elemento que ele já considerou como qualificadora (inciso I do § 4º do art. 155). Houve, portanto, bis in idem (dupla punição pelo mesmo fato) (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Correto conceito de culpabilidade, princípio da não-culpabilidade e vedação ao bis in idem. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizero-direito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1731592aca-5fb4d789c4119c65c10b4b>>. Acesso em: 19/01/2023).

Verifica-se, portanto, do julgado colacionado, que os conceitos de cada circunstância judicial não podem ser confundidos. Especificamente quanto à culpabilidade, trata-se de reprovação social ao delito e ao seu sujeito ativo, não se confundindo, portanto, com a culpabilidade enquadrada no conceito analítico de crime. Nesse mesmo sentido:

A pena-base do réu foi exasperada em razão do maior desvalor da vetorial culpabilidade.

A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comporta-

mento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.

O magistrado apresentou argumento válido no sentido de que as ameaças foram lançadas quando a vítima se encontrava com seu filho menor de idade, o que revela maior desvalor e censura na conduta do acusado, tratando-se de fundamento idôneo para análise negativa da culpabilidade CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Ameaçar a vítima na presença de seu filho menor de idade justifica a valoração negativa da culpabilidade do agente. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bc45ee46080d94757d84677cd9fb7395>>. Acesso em: 21/01/2023).

Para reforçar o entendimento, o STJ fixou Teses de Jurisprudência sobre o vetor da culpabilidade:

3) A culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.

4) A premeditação do crime evidencia maior culpabilidade do agente criminoso, autorizando a majoração da pena-base (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em Teses. EDIÇÃO N. 26: APLICAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS).

É preciso ressaltar que a culpabilidade se distingue do conceito de dolo, o qual refere-se ao elemento subjetivo inserido no tipo penal. O STJ esclarece a questão:

Na hipótese julgada pelo STJ, foi ressaltado que a culpabilidade “é patente para a imposição da pena, pois, o dolo revelado neste fato foi deliberado para eliminar a indefesa vítima, posto que a ação criminosa foi realizada de plena consciência e direcionada ao resultado morte. Aliou-se a terceiros pessoas no afã de eliminar as vítimas”.

O STJ não concordou com esse argumento.

A negatização do referido vetor fundamentou-se no fato de que o recorrente agiu com dolo, em plena consciência direcionada ao resultado morte. Tais elementos são inerentes ao tipo penal doloso de homicídio, não autorizando a exasperação da pena-base.

Por outro lado, foi ressaltado que “[a]s consequências do crime não poderiam ter sido maiores, uma verdadeira barbárie com três mulheres mortas, duas delas de tenra idade, tiveram suas vidas ceifadas”, circunstâncias que destoam do tipo penal e permitem a exasperação da reprimenda (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Tipo doloso versus aumento da pena-base. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bef4d169d8bdd17d68303877a3ea945>>. Acesso em: 21/01/2023).

O STJ reforça que as diretrizes do artigo 59 do CP não podem ser confundidas com os elementos que são inerentes à tipicidade delitiva:

Na análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o órgão jurisdicional tem o dever de motivar, com lastro em elementos concretos dos autos, eventual elevação da pena-base. No crime de latrocínio, o sofrimento em decorrência da morte da vítima é resultado inerente ao tipo penal. O Juiz, sem especificar consequências traumáticas específicas ou, por exemplo, graves prejuízos financeiros suportados pelo núcleo familiar em decorrência da morte, não pode considerar de forma negativa a vetorial em apreço. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 589.295/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 25/05/2021 (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. No crime de latrocínio, o sofrimento em decorrência da morte da vítima é resultado inerente ao tipo penal. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c3f7a5ca-6fa6409448a99f5a772828a8>>. Acesso em: 21/01/2023).

O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 CP) depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal base (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em Teses. EDIÇÃO N. 26: APLICAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS).

A conduta social, por sua vez, é vetor que também gera problemática de conceituação, fazendo-se necessária sua distinção quanto às demais diretrizes do artigo 59 do CP. O Superior Tribunal de Justiça retrata a exigência de haver elementos concretos aptos a valorar negativamente a referida circunstância, nesses termos:

(...) 5. O fato de o paciente não ter residência fixa representa uma peculiaridade inadequada para avaliar a sua conduta

social, circunstância judicial que está relacionada ao comportamento do agente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escolha etc), ou seja, ao seu relacionamento no meio onde vive. 6. Da mesma forma, o fato de o acusado não possuir emprego fixo também não constitui argumento apto a autorizar a elevação da pena-base a título de má conduta social, tendo em vista que, diante da realidade social brasileira, a falta de emprego é, na verdade, um infortúnio da maior parte da população, e não algo tencionado (...) (HC 226.547/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 14/12/2012).

A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos concretos que a desabonem, sendo insuficiente para tanto o fato de o acusado não exercer atividade laboral ou não estudar ou ter sido preso anteriormente. Desse modo, a avaliação desfavorável desse vetor deve ser excluída do cômputo da pena-base (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos concretos que a desabonem, sendo insuficiente para tanto o fato de o acusado não exercer atividade laboral ou não estudar ou ter sido preso anteriormente. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2ef3dce7c059b268cf8b9e0707ee5594>>. Acesso em: 21/01/2023).

Importante destacar julgado de 2021 da 5ª Turma do STJ, em que foi abordado o conceito de personalidade como circunstância judicial, nesses termos:

Para os fins do art. 59 do CP, a personalidade do agente refere-se a seu perfil subjetivo - aspectos morais e psico-

lógicos -, cuja análise permite ao julgador aferir, com base no livre convencimento motivado e independentemente de perícia, a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, considerando os elementos probatórios dos autos que permitam inferir o desvio de personalidade (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Para os fins do art. 59 do CP, a personalidade do agente refere-se a seu perfil subjetivo - aspectos morais e psicológicos -, cuja análise permite ao julgador aferir, com base no livre convencimento motivado e independentemente de perícia, a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, considerando os elementos probatórios dos autos que permitam inferir o desvio de personalidade. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizero-direito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d89f3a35931c-386956c1a402a8e09941>>. Acesso em: 21/01/2023).

Ainda sobre o vetor personalidade, foi fixada a seguinte Tese jurisprudencial pelo STJ: “Para valoração da personalidade do agente é dispensável a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria ou da psicologia” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em Teses. EDIÇÃO N. 26: APLICAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS).

Sobre o comportamento da vítima, necessário salientar que, à luz do entendimento do STJ, consiste em circunstância a ser valorada somente a favor do réu. Nesse rumo, restou fixada Tese de Jurisprudência:

O comportamento da vítima em contribuir ou não para a prática do delito não acarreta o aumento da pena-base, pois a circunstância judicial é neutra e não pode ser utilizada em prejuízo do réu.

A tese foi melhor explicada em julgados posteriores:

O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, tal circunstância deve ser considerada neutra STJ. 5ª Turma. HC 521.540/PB, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/05/2020. (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Disponível em: < <https://www.buscadordizerodireito.com.br/teses/detalhes/ac627ab1ccbdb62ec96e702f07f6425b?categoria=11&critério-pesquisa=e>>. Acesso em: 21/01/2023).

Para fins de definição da fração de aumento a ser aplicada pelo juízo no momento de fixação da pena-base, após a valoração das circunstâncias judiciais, o STJ não firmou posicionamento pacífico, não havendo um critério objetivo bem definido, pelo que há julgados recentes em variados sentidos, *in verbis*:

Para elevação da pena-base, podem ser utilizadas as frações de 1/6 sobre a pena mínima ou de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, exigindo-se fundamentação concreta e objetiva para o uso de percentual de aumento diverso de um desses (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp n. 1.942.233/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 24/5/2022).

Consolidou-se esta Corte no sentido de que, em regra, a elevação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetorial negativa, exceto quando eviden-

ciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta.

No caso, a elevação da pena-base, em relação à vetorial negatizada (antecedentes), ocorreu no índice de 1/6, não se evidenciando a alegada desproporcionalidade (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.943.477/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 3/5/2022).

Não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatização dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto (STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 665.698/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 10/5/2022).

A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. (STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 670.044/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 10/5/2022).

Não há direito subjetivo do réu ao emprego da fração de 1/6 por cada circunstância judicial desfavorável, para elevação da reprimenda básica. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.037.079/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 26/04/2022 (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Qual é a fração de aumento que deve ser aplicada pelo magistrado para cada circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP)? Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/>

jurisprudencia/detalhes/d40d35b3063c11244fbf38e-9b55074be>. Acesso em: 21/01/2023)

CONCLUSÃO

Para a discussão sobre o artigo 59 do Código Penal e sua análise jurisprudencial, foi necessário inicial estudo do sistema trifásico da dosimetria da pena, a partir da ótica de busca pela individualização da pena, com destaque para as circunstâncias judiciais que orientam a fixação da pena-base, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Nesse sentido, o artigo 59 regulamenta o princípio constitucional de individualização da reprimenda, prevenindo várias diretrizes a serem observadas no momento de fixação da pena. Ocorre que o próprio legislador deixa grande espaço para a discricionariedade judicial, uma vez que não delimita o conceito de cada uma dessas circunstâncias judiciais.

Por esse motivo, necessária a análise acerca das orientações dos Tribunais Superiores sobre o rumo a ser seguido para fins de fixação, no caso concreto, das coordenadas ditadas no dispositivo legal, delimitando o espaço a ser ocupado por cada uma daquelas circunstâncias estruturadas no artigo 59 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed., ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 19 jan. 2023.

_____. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 19 jan. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses. Edição 26. Aplicação da Pena**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?livre=%2726%27.tit.>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Ameaçar a vítima na presença de seu filho menor de idade justifica a valoração negativa da culpabilidade do agente**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bc45ee46080d94757d-84677cd9fb7395>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos con-**

cretos que a desabonem, sendo insuficiente para tanto o fato de o acusado não exercer atividade laboral ou não estudar ou ter sido preso anteriormente. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2ef3dce7c059b-268cf8b9e0707ee5594>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Condenações transitadas em julgado e não utilizadas para reincidência somente podem ser consideradas como maus antecedentes, não se admitindo sua utilização para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2e64da0bae6a7533021c-760d4ba5d621>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Correto conceito de culpabilidade, princípio da não-culpabilidade e vedação ao bis in idem. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1731592aca-5fb4d789c4119c65c10b4b>>. Acesso em: 19/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Jurisprudência em Teses do STJ. EDIÇÃO N. 26: APLICAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/teses/detalhes/ac627ab1ccbdb62ec96e702f07f6425b?categoria=11&criterio-pesquisa=e>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. No crime de latrocínio, o sofrimento em decorrência da morte da vítima é resultado

inerente ao tipo penal. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c3f7a5ca6fa6409448a99f5a772828a8>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Qual é a fração de aumento que deve ser aplicada pelo magistrado para cada circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP)?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d40d35b3063c11244fbf38e9b55074be>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Para os fins do art. 59 do CP, a personalidade do agente refere-se a seu perfil subjetivo - aspectos morais e psicológicos -, cuja análise permite ao julgador aferir, com base no livre convencimento motivado e independentemente de perícia, a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, considerando os elementos probatórios dos autos que permitam inferir o desvio de personalidade.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d89f3a35931c386956c1a402a8e09941>>. Acesso em: 21/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 241-STJ.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1c67df9e0a5cfefa030b853983324004>>. Acesso em: 19/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 444-STJ.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www>>.

[buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b1b-0432ceafb0ce714426e9114852ac7](https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b1b-0432ceafb0ce714426e9114852ac7)>. Acesso em: 19/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 636-STJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3bff829dde-3583558708865f6de7be37>>. Acesso em: 19/01/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Tipo doloso versus aumento da pena-base**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bef4d169d8bddd17d68303877a3ea945>>. Acesso em: 21/01/2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Vol. 1**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de, **Direito Penal: Parte Geral**. 32. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral/Parte Especial**. 7. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



DEFENSORIA PÚBLICA: ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A CONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE REQUISIÇÃO



Maíra Santos dos Anjos

RESUMO:

A Defensoria Pública está inserida na Constituição Federal de 1988 no capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, em Seção própria – a partir da Emenda Constitucional n.º 80, de 2014. A sua ampla atuação é conferida pelo texto constitucional (artigo 134) e na própria Lei Complementar n.º 80, de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública). Para além da atividade sob a perspectiva de uma demanda judicializada, imprescindível destacar e trazer a debate a função defensorial extrajudicial, de modo a permitir que os instrumentos e os recursos para tal finalidade sejam amplamente viabilizados e implementados na prática institucional. Nesse contexto, destaca-se a importante análise sobre a prerrogativa de requisição, conferida legalmente à Defensoria, especialmente a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva trazer considerações importantes sobre a atuação extrajudicial da Defensoria Pública, de modo que se contribua para o constante debate e construção envolvendo a temática. Para tanto – e sem qualquer pretensão de esgotamento desse tema tão rico e amplo –, foram analisados os principais dispositivos constitucionais e legais que orientam a atividade defensorial para além do viés processual.

Ademais, de forma a densificar esta análise, há farta fundamentação da doutrina institucional, que restou compilada, com aspectos teóricos e práticos abordados em artigos e livros de importantes autores para a formação do vasto conhecimento sobre os serviços prestados pelos Defensores Públicos aos usuários da Instituição: os vulneráveis – considerados não somente no aspecto da hipossuficiência econômica, mas também sob o olhar para o grupo necessitado organizacional.

Nesse cenário, destaca-se estudo do poder de requisição, conferido legalmente à Defensoria Pública, temática que adquiriu especial relevo a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF. Plenário. ADI 6860/MT, ADI 6861/PI e ADI 6863/PE, Rel. Min. Nunes Marques, julgados em 13/9/2022. Info 1067), na qual o Plenário da Corte analisou conjuntamente as ações propostas, manifestando-se pela constitucionalidade da referida prerrogativa.

1. A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública está inserida no texto constitucional no capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, em Seção

própria – a partir da Emenda Constitucional n.º 80, de 2014. E muito pertinente se pode dizer essa sua alocação como instituição que é essencial à Justiça, para além, portanto, de sua inegável importância (indispensabilidade) para a função jurisdicional.

Com a Constituição de 1988, aparece no texto constitucional o termo “assistência jurídica”, englobando a assistência judiciária, a orientação jurídica, assistência extrajudicial e assistência jurídica internacional, inclusive. Narra a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Em meio a esse contexto, é de se destacar a atuação da Instituição Defensorial, que densifica e efetiva o acesso à Justiça, princípio base para a garantia de direitos fundamentais, especialmente no que se refere à tutela dos vulneráveis – ou, mais propriamente, dos hipervulneráveis, já que a ampla atividade busca atingir muito além dos hipossuficientes econômicos (funções típicas), de modo a tutelar os ditos necessitados organizacionais. Márcio André Cavalcante muito bem explica esse ponto, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os requisitos legais para a atuação coletiva da Defensoria Pública, adota exegese ampliativa da condição jurídica de “necessitado”, de modo a possibilitar sua atuação em relação aos necessitados jurídicos em geral, não apenas aos hipossuficientes sob o aspecto econômico (STJ. 1ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.529.933/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20/5/2019).

A expressão “necessitados” (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, «necessitem» da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minushabentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana (STJ. 2ª Turma. REsp 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2011).

Sobre a missão da Defensoria efetivando o acesso à Justiça, os Professores Edilson Santana, Jorge Bheron e Maurílio Casas Maia, em sua notável obra “Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis”, explicam que o Constituinte originário destinou à Instituição a tarefa de complementar princípios básicos, “corporificando a própria dimensão institucional do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa” (GONÇALVES FILHO, ROCHA, MAIA, 2020, p. 37).

Nesse rumo, a Constituição Federal de 1988 – a primeira a fazer menção expressa à Instituição, após alterações das im-

portantes Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e 80/2014, apresenta a Defensoria Pública em seu artigo 134 como órgão autônomo e permanente, e instrumento do regime democrático, dotado de autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, à qual incumbe “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”.

Verifica-se, portanto, que o próprio texto constitucional conferiu destaque à atuação extrajudicial da Defensoria, de modo a efetivar o acesso à justiça de uma forma integral. No mesmo sentido, a Lei Complementar n.º 80, de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública) também prevê expressamente, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, a sua atuação extrajudicial, destacando que se trata da atividade prioritária do Defensor Público, o que confere destacada importância para o tema que ora se analisa. Nesses termos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

O Professor André de Carvalho Ramos (2020) ensina que, ao contrário da linha restritiva presente na Constituição de 1934, que se limitava a tratar da assistência judiciária, o texto de 1988, inovando, assegurou a assistência jurídica integral – a qual se manteve nas Constituições seguintes –, mais ampla, já

que abrange a informação do direito, bem como a tutela administrativa e extrajudicial.

Imprescindível destacar que a atuação extrajudicial da Defensoria Pública, que auxilia na concretização do acesso à ordem jurídica justa, também efetiva a importante tutela dos direitos humanos – promoção que se insere na missão constitucional dada à Instituição (artigo 134 da Constituição de 1988 e artigo 1º da LC n. 80/1994). A Lei Complementar n. 80/94, nesse rumo, prevê “a prevalência e efetividade dos direitos humanos” como objetivo da Defensoria Pública (artigo 3º-A); e, dentre as funções institucionais: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;” e “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (artigo 4º).

André de Carvalho Ramos explica que “nenhuma fórmula assecuratória dos direitos humanos deve ser descartada, podendo ser utilizados os mecanismos judiciais e extrajudiciais (os termos de ajuste de conduta, a mediação e negociação assistida)” (RAMOS, 2020, p. 616). O Professor se utiliza precisamente do exemplo da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para fins de demonstrar a importância e efetividade da atividade defensorial extrajudicial:

Como exemplo dessa nova concepção de assistência jurídica integral cabe citar o trabalho da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na garantia dos direitos das vítimas do acidente de *desmoronamento em obra de expansão* do Metrô de São Paulo. Nesse acidente, ocorrido em 2007, ao invés da prestação da assistência judiciária, o que poderia levar às vítimas ao tortuoso e moroso processo judicial de indenização brasileiro, houve a opção por

mediação e negociação extrajudicial. Assim, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo intermediou o pagamento de indenizações extrajudiciais, o que tornou a prestação de assistência jurídica rápida e eficaz para familiares de vítimas e moradores desamparados. Esta experiência ganhou o *Prêmio Inovare* na categoria de prática de excelência na Defensoria Pública (RAMOS, 2020, p. 616).

No plano federal, com olhar para a atuação extrajudicial da Defensoria Pública da União, verifica-se o importante trabalho do Defensor na orientação e aconselhamento jurídicos, assim como a conciliação e representação do vulnerável perante a Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional. Nesse ponto, o Professor André de Carvalho Ramos (2020) exemplifica com a atividade nos procedimentos administrativos perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e naqueles envolvendo as agências reguladoras.

Inegável que o atuar do Defensor Público fora do contexto processual traz inovação, celeridade e efetivação plena de direitos, permitindo maior contato com soluções por vezes até mais eficazes e adequadas os interesses dos usuários da Instituição, sob o olhar de uma justiça restaurativa, que, no entanto, não afasta, nem prejudica eventual acesso ao Poder Judiciário, dada a independência entre as instâncias.

De fato, a utilização de uma demanda judicializada não pode ser um fim em si mesma. O processo é apenas um instrumento – dentre tantos outros – de acesso à justiça. O olhar que se deve ter por vez deve ser, portanto, mais distante dos limites comuns – no sentido de se procurar por vias outras, que podem ser mais simples, menos desgastantes para os assistidos, e mais efetivas.

O Código de Processo Civil de 2015 reforçou, de maneira pertinente, a possibilidade de atuações extrajudiciais, ao dispor com destaque para os mecanismos de conciliação e mediação e possibilidade de negócio jurídico processual, regulamentando o princípio do autorregramento da vontade. No artigo 190 há previsão da chamada cláusula geral de negociação, que permite “às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Verifica-se, portanto, que o CPC possibilita a convenção inclusive antes do processo. Do mesmo modo, o artigo 3º, §3º, do mesmo diploma legislativo dispõe que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Ou seja, cabe ao Defensor estimular os acordos, o que não se limita ao âmbito da demanda judicializada.

Ainda no CPC, está previsto como título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública (artigo 784, IV). A Lei Complementar n.º 80/1994, por sua vez, também informa que o “instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público” (artigo 4º, §4º).

O Defensor Público Federal Edilson Santana Gonçalves Filho, em artigo publicado no site Conjur, traz exemplo prático que ilustra essa atividade da Defensoria, nesses termos:

Dentre inúmeros exemplos reais de sucesso, cito caso envolvendo comunidade indígena no Amazonas, que resultou

na resolução da questão, por meio da matrícula de cerca de 100 crianças indígenas em escola pública, além da instalação de local apropriado, dentro da própria comunidade, para atividades específicas da educação indígena.

(...)

Ciente de seu papel, o defensor público, como agente de transformação social, imbuído da função de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (artigo 4º, III da LC 80/94), deve levar à comunidade acesso ao conhecimento, acerca de seus direitos, capacitando, por meio de sua presença regular, agentes responsáveis por núcleos de mediação populares, com o objetivo de possibilitar a solução de pequenos conflitos pelos próprios moradores do local. A medida busca, portanto, a criação de uma cultura de autotutela, como alternativa à solução de conflitos via Poder Judiciário, inclusive como forma de permitir o aprimoramento qualitativo na prestação dos serviços na seara judicial, através da redução do número de demandas ajuizadas.

Para além de estimular acordos, possível visualizar a atuação da Defensoria Pública na formação e condução de políticas públicas, junto aos demais órgãos e instituições por elas responsáveis, especialmente no que se refere aos litígios estruturais. Nesse sentido, de maneira brilhante e precisa, os professores Edilson Santana, Jorge Bheron e Maurílio Casas Maia apresentam a missão constitucional-defensorial: defesa emancipatória dos vulneráveis. São suas palavras:

Como expressão e instrumento do regime democrático compete à Defensoria Pública dar voz à pessoa ou ao

grupo de pessoas necessitadas, a fim de que seus anseios possam ser ouvidos e considerados nas esferas de decisão, seja no Legislativo, através, por exemplo, dos debates no processo de elaboração de leis; no Executivo, quanto da eleição, criação e, especialmente, execução de políticas públicas; ou no Judiciário, dentro de processos que podem irradiar consequências para o âmbito da pessoa ou da coletividade tutelada. Neste sentido, a Defensoria atuará como expressão e instrumento de regime democrático, verdadeiro *amicus democratiae*, podendo participar no processo de criação e definição das normas sociais, do debate parlamentar, leis, orçamento, convocação de audiências públicas, similarmente à função de Ombudsman, participando de conselhos, da educação em direitos, sendo instrumento de viabilização para participação ativa de todos os afetados por decisões – sejam judiciais, políticas ou legislativas –, munindo os grupos da oportunidade de influência no debate (GONÇALVES FILHO, ROCHA, MAIA, 2020, p. 60-61).

O Defensor Público do Estado de São Paulo Marcos Vinicius Manso Lopes Gomes, em artigo publicado no site Conjur, muito bem aborda o papel do Defensor Público como agente político de transformação social, dizendo de sua “a atuação jurídica *sui generis*, diferenciada de qualquer outra instituição”; trata-se de um panorama em que busca tutelar os assistidos de forma “holística, judicial e extrajudicial, procurando garantir todos os direitos fundamentais aos envolvidos, tal como moradia, saúde, educação, transporte, dentre outros”.

Voltando à Lei Complementar n.º 80/94, o artigo 4º, I, prevê como função institucional a orientação jurídica dos necessitados – que pode ocorrer administrativa ou judicialmente. Trata-se

da atividade de consultoria da Defensoria Pública, que reflete a educação em direitos.

Quanto à função prevista no art. 4º, II, tem-se a busca da solução extrajudicial de conflitos, mediante métodos alternativos. Os professores Diogo Esteves e Franflyn Roger (2018) ensinam que são três os grupos de meios ordinários para solucionar conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição. O processo voluntário de composição do litígio realizado pelos seguintes mecanismos: mediação, conciliação, transação *stricto sensu* e resolução colaborativa; na heterocomposição, há a arbitragem e a própria jurisdição.

Os autores complementam afirmando que cabe à Instituição Defensorial avaliar o melhor método de solução do conflito no momento da prestação da assistência jurídica, sob a perspectiva dos interesses do assistido. Porém, a propositura de demandas judiciais, no sentido do que determina a própria lei, somente pode ocorrer quando a via consensual restar impossibilitada.

Seguindo, há a importante previsão no inciso III do artigo 4º da LC n.º 80/94 acerca da função institucional da educação em direitos propriamente dita: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. Assim, antes mesmo de qualquer violação concreta de um direito, já se visualiza a missão da Defensoria de atuar informando a população vulnerável sobre os seus direitos. Nesse sentido:

Por isso, a necessidade de informação é primordial e prioritária. O desconhecimento constitui a primeira barreira a ser vencida na busca pelo acesso à justiça. (...) Para tanto, a Defensoria Pública deve adotar políticas educacionais destinadas a informar e conscientizar as classes menos

favorecidas sobre seus direitos básicos, fazendo com que sejam capazes de identificar situações de violação à ordem jurídica e possam reivindicar a reparação devida. (...) Com isso, o Defensor Público assume a verdadeira posição de agente de educação jurídica e de transformação social, prosseguindo na incessante busca pela elevação humana das classes menos favorecidas (ESTEVEZ, SILVA, 2018, p. 408-410).

Também é preciso destacar como instrumento dessa atuação extraprocessual a possibilidade de convocar audiências públicas para fins de discutir matérias relacionadas às funções da Instituição. É o que prevê o artigo 4º, XXII, da Lei Complementar n.º 80/1994.

Por fim, imprescindível o destaque à possibilidade de atuação extrajudicial da Defensoria Pública no âmbito da tutela coletiva. Aqui se destaca, primeiramente, a possibilidade de firmar Termo de Ajustamento de Conduta, o qual consiste em instrumento que evita a judicialização.

Nesse sentido, a Lei n.º 7.347/1985 (após alteração dada pela Lei n.º 11.448, de 2007) prevê a legitimidade da Defensoria para a propositura da ação civil pública (artigo 5º, II), dispondo, ainda, que “órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (artigo 5º, §6º).

Polêmica forte na doutrina existe quanto à possibilidade de a Defensoria Pública presidir inquérito civil, já que a Lei de Ação Civil Pública (artigos 8º e 9º), bem como a própria Constituição Federal (artigo 129, III) trazem-no como instrumento de uso do Ministério Público.

Diogo Esteves e Franflyn Roger (2018) ressaltam, no entanto, a reflexão sobre a possibilidade dessa atuação, com base na teoria dos poderes implícitos, já que o Ministério Público, de forma semelhante, e em paralelo, teve reconhecida a sua legitimidade para investigação criminal, argumentando não se tratar de ato exclusivo de polícia judiciária, além de ser ele o titular da ação penal.

Finalmente, os autores também salientam sobre a possibilidade de edição de Recomendação Administrativa pela Defensoria Pública no desempenho da tutela coletiva. Trata-se de instrumento de cunho preventivo, que traz diretrizes a evitar danos coletivos futuros, com base na própria Constituição Federal (artigo 134) e na Lei Complementar n.º 80/1994.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE REQUISIÇÃO

Combinada ao estudo da atuação da Defensoria Pública no campo extrajudicial, pertinente a análise sobre a prerrogativa de requisição, sob os aspectos legal e jurisprudencial, uma vez que trata-se de instrumento que fortalece a atuação institucional, densificando a proteção de direitos – de forma ampla – inerente à atuação do Defensor Público.

O poder de requisição é previsto expressamente na Lei Complementar n.º 80/1994 (bem como nas leis orgânicas estaduais) no rol de prerrogativas que permitem aos membros da Defensoria melhor exercício de suas funções. São os dispositivos legais que regulamentam o instrumento:

Art. 8º São atribuições do Defensor Público-Geral, dentre outras: XVI - requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclare-

cimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Art. 56. São atribuições do Defensor Público-Geral: XVI - requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

Art. 88. São garantias dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios: X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições (Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994).

Foram ajuizadas diversas ações diretas de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República, contra leis comple-

mentares estaduais, impugnando a referida prerrogativa, conferida aos membros da Defensoria, de requisitar informações e documentos a autoridades, agentes e órgãos públicos. O argumento das ações de controle concentrado se orientou no sentido de inconstitucionalidade material.

O professor Márcio André Cavalcante, didaticamente, sintetiza:

O PGR alegou que o poder de requisição atribuído às Defensorias Públicas padeceria de inconstitucionalidade material. Sustentou que a atribuição de poder requisitório aos defensores públicos, por revestir-se dos atributos de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade, violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o preceito da paridade de armas na relação processual, especialmente no tocante à produção de provas (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A prerrogativa de requisição conferida aos membros da Defensoria Pública é constitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/73dc680c73e6a18c-296d5889e67b6b55>>. Acesso em: 21/01/2023).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, julgou improcedentes as demandas, declarando constitucional a prerrogativa de requisição conferida à Defensoria. O Plenário da Corte refutou os argumentos dispostos nas ações de controle, definindo, *in verbis*:

A Defensoria Pública detém a prerrogativa de requisitar de quaisquer autoridades públicas e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à sua atuação.

STF. Plenário. ADI 6852/DF e ADI 6862/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 18/2/2022 (Info 1045).

STF. Plenário. ADI 6865/PB, ADI 6867/ES, ADI 6870/DF, ADI 6871/CE, ADI 6872/AP, ADI 6873/AM e ADI 6875/RN, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 18/2/2022 (Info 1045).

É preciso destacar que o STF definiu que, para fins de exercício da referida prerrogativa, há necessidade de respeito aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, nesses termos:

É constitucional lei complementar estadual que, desde que observados os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, confere à Defensoria Pública a prerrogativa de requisitar de quaisquer autoridades públicas e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições. STF. Plenário. ADI 6860/MT, ADI 6861/PI e ADI 6863/PE, Rel. Min. Nunes Marques, julgados em 13/9/2022 (Info 1067).

Márcio André Cavalcante explica, à luz do entendimento do STF, que a previsão constitucional da Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 80/2014) concretiza o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, LXXIV, da CF) ao definir a posição da Instituição como órgão autônomo de permanente de administração da Justiça, separando-a da Advocacia. Em verdade, o professor explica que a Defensoria estaria mais próxima do desenho institucional do Ministério Público, para o qual também foi atribuída tal prerro-

gativa como instrumento de atuação – especialmente coletiva e fiscalizatória:

Nesse sentido, assim como ocorre com o Ministério Público, igualmente legitimado para a proteção de grupos vulneráveis, os poderes previstos à Defensoria Pública, seja em sede constitucional - como a capacidade de se autogovernar - ou em âmbito infraconstitucional - como a prerrogativa questionada de requisição - foram atribuídos como instrumentos para a garantia do cumprimento de suas funções institucionais.

Ao conceder tal prerrogativa aos membros da Defensoria Pública, o legislador buscou propiciar condições materiais para o exercício de suas atribuições, não havendo que se falar em qualquer espécie de violação ao texto constitucional, mas, ao contrário, em sua densificação.

A possibilidade de a Defensoria requisitar certidões, informações e documentos de órgãos públicos, embora não tenha previsão constitucional expressa, é medida salutar porque permite, inclusive, a solução de demandas pelas vias administrativas ou transacionais, evitando o ajuizamento de processos judiciais.

Além disso, esse poder de requisição serve como um auxílio para o assistido conseguir obter os documentos que necessita para a garantia de seus direitos, diminuindo o tempo que os hipossuficientes precisarão esperar para serem atendidos.

Nesse sentido, a retirada da prerrogativa de requisição implicaria, na prática, a criação de obstáculo à atuação da Defensoria Pública, a comprometer sua função primordial, bem como a autonomia que lhe foi garantida (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A prerrogativa de requisição conferida aos membros da Defensoria Pública é consti-

tucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/73dc680c73e6a18c296d5889e67b6b55>>. Acesso em: 21/01/2023).

Não há dúvidas, portanto, de que esse poder de requisição (que é amplo, já que consiste em instrumento que se dirige às mais diversas autoridades públicas e seus agentes, englobando como objetos, também amplamente, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à sua atuação) possibilita maior facilidade na atuação do Defensor Público, inclusive – e aqui o destaque – fortalecendo o campo de suas funções institucionais extrajudiciais.

CONCLUSÃO

Diante de todas informações apresentadas, é de se concluir pela importância de se levar ao debate o tema da atuação extrajudicial da Defensoria Pública, de modo a se efetivar plenamente o acesso a uma ordem jurídica justa. Seja através de acordos extraprocessuais, intervenção e acompanhamento de políticas públicas, promoção de audiências públicas para oitiva da sociedade civil, dentre outras inúmeras possibilidades de atividade do Defensor Público. É preciso que se dedique o espaço necessário a essa importante discussão, a fim de que os instrumentos e os recursos para tais fins sejam amplamente viabilizados e implementados.

Nesse contexto, e a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, destaca-se a prerroga-

tiva de requisição como instrumento que fortalece e densifica as funções institucionais da Defensoria, não somente em sua atuação demandista, mas também no importante cenário, retratado neste trabalho, de sua atuação extrajudicial.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Admite-se a intervenção da DPU no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/967c2ae04b169f07e-7fa8fdfd110551e>>. Acesso em: 05/07/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A prerrogativa de requisição conferida aos membros da Defensoria Pública é constitucional.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/73dc680c73e6a18c296d5889e67b6b55>>. Acesso em: 21/01/2023

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 julho. 2022.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Novo Código de Processo Civil permite a intervenção defensorial**, previsto em Tribuna da Defensoria. Publicação realizada no dia 2 de maio de 2017, no site Conjur: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-02/tribuna-defensoria-codigo-processo-civil-permite-intervencao-defensorial#_ftnref1>. Acesso em 06 de julho de 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria tem perfil para ser *ombudsman* na solução extrajudicial de conflitos**, previsto em Tribuna da Defensoria. Publicação realizada no dia 9 de maio de 2017, no site Conjur: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/tribuna-defensoria-defensoria-ombudsman-solucao-extrajudicial-conflitos>>. Acesso em 06 de julho de 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. ***CUSTOS VULNERABILIS.: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis.*** Belo Horizonte: CEI, 2020.

_____. **Lei Complementar número 80, de 12 de janeiro de 1994.** Brasília: 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 5 julho. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ABORDAGEM DOS RELEVANTES PRECEDENTES
JURISPRUDENCIAIS DO STJ E STF EM 2022

ISBN

978-85-8413-335-2

ATIVISMO JUDICIAL X EFEITO BACKLASH: TAXATIVIDADE
(OU NÃO) DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA CAUSA DE
AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO AOS TIPOS QUALIFICADOS
DO FURTO

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira

A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA
RACIAL AO CRIME DE RACISMO

Amanda Vieira Abreu

À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, A CONDENAÇÃO PELO
ART. 28 DA LEI 11.343/2006 (PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO) NÃO
CONFIGURA REINCIDÊNCIA

Amanda Vieira Abreu

ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL: CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS SOB ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Maíra Santos dos Anjos

DEFENSORIA PÚBLICA: ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A
CONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE REQUISIÇÃO

Maíra Santos dos Anjos