

Turma e Ano: Master A (2015) – 04/02/2015

Matéria / Aula: Direito Penal / Aula 01

Professor: Marcelo Uzeda de Farias

Monitor: Alexandre Paiol

AULA 01

CONTEÚDO DA AULA: Início do Estudo da Parte Geral do CP - Princípios (intervenção mínima, lesividade e adequação social).

PARTE GERAL

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA:

• **Tratado de Direito Penal, parte geral, vol. 1 – Cezar Roberto Bitencourt – Editora Saraiva.** As bancas têm usado como referência. Não é o mais completo, porém resolve para quem vai fazer concurso.

• **Curso de Direito Penal, parte geral, vol. 1 – Rogério Greco – Editora Impetrus.** Também um livro didático para uma primeira leitura. Segue muito a linha do Cezar Roberto Bitencourt.

Obs: O professor recomenda sempre buscar saber o doutrinador que está na banca para leitura do seu livro e acompanhar diariamente a jurisprudência.

Agora vamos começar falando dos princípios do Direito Penal

PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL:

✦ Princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima (ultima ratio)

O Direito Penal só deve se preocupar com a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade. Só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.

Somente quando se verificar que as demais áreas do Direito se revelam incapazes de proteger devidamente os bens mais importantes para a sociedade, o Direito Penal deve intervir. (caráter subsidiário de proteção aos bens jurídicos).

A proposta moderna do Direito Penal é de uma intervenção mínima. Se as outras esferas do direito são suficientes para dar a tutela adequada, proporcional, que merece aquele bem jurídico que é importante, o Direito penal não deve intervir. Se o direito tributário resolve o problema, através de uma multa ou uma indenização na esfera civil temos como dispensar a utilização do direito penal. O direito penal seria o “soldado de reserva” que será convocado

quando as forças principais não conseguiram fazer frente às proteções das tutelas desses bens jurídicos importantes.

A função do direito penal moderno é de prevenção, da manutenção da sociedade.

✦ **Princípio da Ofensividade ou lesividade.** (*nullum crimen sine iniuria*)

Apenas as **condutas** que afetam gravemente direito de terceiros, merecem sofrer a incidência da Lei Penal. O princípio da Lesividade apresenta quatro proibições:

- 1- Proíbe-se a incriminação de uma atitude interna (ninguém pode ser punido por pensamentos e sentimentos); ex.: pensar em matar alguém.
- 2- Proíbe-se a incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (autolesão; tentativa de suicídio; atos preparatórios; crime impossível); aqui o autor fez algo, não ficou apenas no pensamento.

Obs 1.: atentar que tais condutas não podem exceder o âmbito do próprio autor. Existem algumas condutas que apesar do autor se auto lesionar ele acaba entrando na esfera alheia. Ex: Gestante que tenta suicídio indiretamente, tenta o aborto (art. 124 a 128 CP) – a autolesão dela acaba prejudicando terceiro, pois o feto não é parte do corpo dela; Hipótese de fraude, onde o autor lesa o próprio corpo para receber indenização (art. 171 § 2º V – fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro); destruir coisa própria que está em poder de terceiro por determinação judicial (art. 346 CP), aqui o bem jurídico tutelado é a administração da justiça, desrespeito a uma decisão judicial.

Obs 2: Atos preparatórios em regra são impuníveis porque não atingem a esfera jurídica alheia. Aqui eu exteriorizo minha vontade através de um comportamento porém ainda não corresponde a um tipo legal ainda, por isso ainda não punível. O ato preparatório em que pese fazer parte do “iter criminis”, ele ainda não é suficiente para atingir a esfera jurídica alheia.

Pergunta maliciosa feita pelo professor.

Eu tenho uma associação criminosa (art. 288 CP) e tem o paragrafo único diz que a pena é aumentada se houver o emprego de arma (qualquer arma). Ai eu pergunto: Imaginemos que 2 membros dessa associação pratiquem o roubo com o emprego de arma. Como fica essa questão?

Existe a associação criminosa? Sim. Se membros dessa associação criminosa praticam o roubo, o concurso de pessoas do roubo é o art. 157 § 2º II CP. e eles empregam o uso da arma que é o art. 157 § 2º I CP. Eu pergunto: Como fica esse caso?

Eles vão responder pelo roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma e pela associação qualificada ou majorada pela arma? **Existem duas orientações:**

- a) Parte da doutrina afirma que há “bis in idem” se eles responderem pela associação armada e pelo crime de roubo praticado pelo emprego de arma, porque, eles já

estão sendo punidos pela associação armada e se membros dessa associação armada praticam o roubo com emprego dessas armas, eles seriam punidos duas (2) vezes pela mesma circunstância o que configura o “bis in idem”.
Não podem responder pelos dois (2). Respondem ou por um ou por outro.

- b) Posição tranquila do STF e STJ diz que não há de se falar em “bis in idem”. Ele vai responder pelos dois (2) com as duas (2) majorantes, porque, os bens jurídicos são diferentes. O STF diz que quando a associação é armada, existe um maior risco a segurança pública se essa associação tem armas, o bem jurídico atingido é a tranquilidade da sociedade, a paz pública, a segurança da sociedade e se a associação tem armas o bem jurídico já foi atingido de forma mais relevante, dessa forma a ofensividade é maior. E quando membros dessa associação praticam o roubo em concurso e empregando armas, temos uma nova lesão a outro bem jurídico tutelado que seria o patrimônio, a integridade física, a liberdade individual uma vez que o roubo é mediante ameaça ou mediante violência e é claro, a arma emprega maior ofensividade ao roubo que é um crime patrimonial. Com o emprego da arma eu agrego maior ofensividade ao roubo.

O **bis in idem** é um fenômeno do [direito](#) que consiste na repetição (bis) de uma [sanção](#) sobre mesmo fato (in idem). O estudo desse fenômeno jurídico é realizado principalmente pelo [direito tributário](#) e pelo [direito penal](#).

Obs 3: Crime impossível – o art. 17 CP diz que não se pune a tentativa. O crime impossível é uma tentativa. Ele inicia a execução, porém não se consuma por circunstância alheia a sua vontade (ou por impropriedade absoluta do objeto ou ineficácia absoluta do meio – aqui falamos em ofensividade. Se o meio é ineficaz não há risco ao bem jurídico tutelado).ex.: sujeito tenta passar uma nota do banco imobiliário ou uma nota de R\$ 3,00 (três reais) – fato atípico.

- 3- Proíbe-se a incriminação de simples estados ou condições existenciais (punir o agente pelo que ele é – direito penal do autor -, não por aquilo que fez – direito penal do fato); O direito penal é do fato e não por uma condição existencial do autor.
O STF no final de 2013 declarou que o artigo 25 da lei de contravenção penal (Decreto-lei 3.688/41) é incompatível com a constituição de 1988. – RE 583523 – Relator: Ministro Gilmar Mendes
Ex: usar um alicate de unha para praticar um furto. O problema do artigo 25 é que ele dizia que era contravenção quem fosse pego com um artefato, caso já houvesse uma condenação por crime de furto ou roubo (fere o principio da isonomia, da presunção de inocência, princípio da ofensividade)

POSSE NÃO JUSTIFICA DE INSTRUMENTO DE EMPREGO USUAL NA PRÁTICA DE FURTO

Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazu, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

Pena - prisão simples, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa.

Decisão do Tribunal Pleno (julgado mérito de tema com repercussão geral): O Tribunal, por unanimidade, superou a questão da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário por reconhecer, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previsto nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da CF, ante a não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) pela Constituição Federal de 1988, e, em consequência, absolver o recorrente, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participante da "V Conferência Iberoamericana sobre Justicia Electoral", em Santo Domingo, República Dominicana. Plenário, 03.10.2013.

Segue um caso contato pelo professor – Tema polêmico.

O que seria maus antecedentes?

Inqueritos policiais e ações penais em curso são maus antecedentes?

Para o STJ não (súmula 444) - **“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”**.

Quando ele fala em agravar a pena base ele está pensando em maus antecedentes, conduta social e personalidade. O STJ diz que não pode, pois fere o princípio da inocência.

O STF tem decisão oscilando pelo reconhecimento de não poder e outras dizendo que pode, porém, o professor acredita que o STF deva ficar com a decisão de que não poderá agravar a pena base nesses casos, entendendo também pelo princípio da inocência.

O que seria maus antecedentes? Para o STJ seriam condenações anteriores transitada em julgada que não sejam utilizadas para reincidência.

O STF em 2014 (decisão de turma que surpreendeu o professor). Entendeu que as condenações anteriores com mais de cinco (5) anos não poderiam ser consideradas maus antecedentes. Por quê? Usando uma lógica: Se as condenações há mais de cinco (5) anos não podem ser consideradas reincidência, não poderiam ser maus antecedentes também. (se o pior que é reincidência não pode ser admitida, não poderia admitir também maus antecedentes).

Voltando ao caso: Teve um caso no TRF (um desembargador) que diz que não desconhece a súmula 444 do STJ, porém, não a usa e não leva em consideração a mesma, porque, se ele o fizer, estará violando o principio da isonomia contra o réu que não tem nenhum registro (olha o pensamento do julgador)

Um pequeno adendo (acrescentado pelo monitor)

Súmula 444 do STJ e o art. 33, §4º, da Lei de Drogas

A recente Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Por sua vez, o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, prevê uma causa de redução de pena de 1/6 a 2/3: “nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, **de bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Conseqüentemente, se os maus antecedentes não podem agravar a pena-base, não podem também, logicamente, impedir o reconhecimento da causa de redução do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. É que o fundamento jurídico-constitucional para a edição da Súmula nº 444 tem plena aplicação também aqui, qual seja, violação ao princípio da presunção de inocência. Não se trata, portanto, de um argumento válido específica e exclusivamente para a fixação da pena-base, mas para toda e qualquer restrição legal que tenha por pressuposto os maus antecedentes.

Parece razoável, por conseguinte, que, uma vez afastados os maus antecedentes para fixação da pena-base, deve ser também removido o obstáculo legal para a admissão da causa de redução em causa.

Nesse exato sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA DE UM SEXTO.

NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. COCAÍNA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006.

PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE.

CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM.

1. Mostra-se justificada a exasperação da pena-base além do mínimo legal baseada na natureza da droga apreendida - cocaína -, por se tratar de substância nociva à saúde do usuário, a teor do que preceituam os artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

2. Trata-se o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda.

3. Faz jus à diminuição da pena o paciente que preenche todos os seus requisitos, não sendo motivação idônea para se afastar a incidência da minorante a menção no sentido de ser o paciente detentor de maus antecedentes levando-se em conta condenação ainda não transitada em julgado.

4. Habeas corpus denegado, e concedida a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzindo a pena do paciente na ação penal de que aqui se cuida a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.(grifo nosso)

(HC 152.285/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 24/05/2010)
PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO-CONHECIMENTO DA ORDEM NESSE ASPECTO. **MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06 ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.**

1. Resta prejudicado o pleito de se aguardar o julgamento em liberdade se transitada em julgado a condenação.

2. “Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo” (HC 100.848/MS). 3. Preenchidos os requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não-dedicação às atividades criminosas e não-integração à organização criminosa, a paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena.

4. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, nos exatos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida. (grifo nosso) (HC 200900935066, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, 13/10/2009)

- 4- Proíbe-se a incriminação de condutas desviadas que não afetem bem jurídico de terceiro (moralmente reprováveis, mas que não afetam bem jurídico de terceiro; o movimento de secularização fez separação entre Direito e Moral).

Ou seja, condutas reprováveis, porém que não ofendam a esfera jurídica alheia. (ex: adultério que hoje saiu do ordenamento penal. É moralmente reprovável porém o direito civil dá conta do recado)

✦ **Princípio da Adequação Social**

Adequação social leva em consideração aqueles comportamentos, aquelas posturas que tem certa assimilação e que não criam riscos juridicamente relevantes para a sociedade. A vida em sociedade é uma vida de riscos, então existem riscos que são socialmente aceitos e existem comportamentos socialmente aceitos e que não vão ter relevância penal.

O princípio da adequação social destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais (ex: adultério – revogado pela lei 11.106/2005).

O legislador conforme o momento ele pode criminalizar ou descriminalizar um tipo penal.

Serve também como um princípio interpretativo da norma penal, de acordo com a ordem social historicamente condicionada.

Vamos a um exemplo do nosso dia a dia envolvendo adequação social - Pirataria (art. 184 § 2º CP)

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

Quando estamos caminhando para o curso, geralmente nos deparamos com a venda de CD pirata no camelódromo e um guarda municipal perto do local. Isso seria adequação social?

Vamos ver a súmula 502 do STJ

Súmula 502: presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º do CP,, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.

Conduta de expor a vendas (é o vendedor que expõe e não o que reproduz as milhões de cópias).

O que o STJ quis dizer: O princípio da adequação social não autoriza a revogação tácita de crimes. Quem revoga é o legislador

A tão controvertida materialidade do crime de crime de “pirataria” parece ter sido reavivada com a presente súmula, ou pelo menos foi isso que se tentou.

O que se discutia em relação a esse crime, até por força da teoria constitucionalista do delito, é que tal crime não guardava relevância típica material capaz de justificar a atuação do direito penal. Claro, que a verificação, bem como a implementação do reconhecimento da atipicidade material era precedida de análise principiológica, daí toda sua força.

O princípio basilar do direito penal que é a adequação social há muito tem revelado que a prática da “pirataria” deve ser combatida de outra forma que não com o direito penal, posto que tal conduta além de possuir um mínimo grau de lesão, ainda se apresenta como um fato socialmente aceito e que por consequência possui a mínima reprovabilidade.

Ao que parece a presente súmula veio para por fim nessa discussão e deixar certo que o fato possui sim tipicidade material.

Fim da aula 01