

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

Matéria / Aula: Direito Penal / Aula 02

Professor: Marcelo Uzeda de Farias

Monitor: Alexandre Paiol

AULA 02

CONTEÚDO DA AULA: - *Princípios (fragmentariedade, insignificância e legalidade)*

✦ **Princípio da Fragmentariedade.**

Concretização dos três (3) primeiros princípios que falamos. O seu caráter fragmentário é a consequência da adoção dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação mínima.

De toda a gama de condutas proibidas e bens protegidos pelo ordenamento jurídico, O Direito Penal só se ocupa de uma pequena parte.

Por isso a proteção do Direito Penal quase nunca é homogênea\integral, mas sim fragmentária. Somente uma parte do ordenamento jurídico que sofrerá a incidência do Direito Penal.

Atentar que hoje em dia há um movimento de expansão do Direito Penal com a criminalização das condutas perigosas. Há uma tendência na criação de crimes de perigo abstrato. Olhar as leis mais recentes:

Lei de armas (10.826/2003): crime de perigo abstrato

Lei de drogas (11.343/2006): crime de perigo abstrato (obs.: só existe um crime de perigo concreto na lei de drogas, que seria o art. 39 da lei 11.343/2006)

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave **após o consumo de drogas**, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: **(criando um risco a incolumidade alheia)**

Lei de trânsito (9.503/97) – art. 306 CTB – crime de perigo abstrato

Art. 306. Conduzir veículo **automotor com capacidade psicomotora alterada** em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

No crime de perigo abstrato, há necessidade de demonstração do perigo EX ANTE (a análise do perigo abstrato é feita antes do fato acontecer. O legislador no momento que elabora a norma penal ele presume que o fato possa acontecer). Já no crime de perigo concreto o perigo é EX POST (tem que demonstrar a efetiva criação do perigo no caso concreto).

Ex: posse de arma de fogo é um crime de perigo abstrato, assim como munição ou até mesmo um silenciador (nesses dois (2) últimos casos, mesmo não portando a arma de fogo).

Obs.: Houve um caso recente no STJ (fora da normalidade - 2014), em que a defesa conseguiu fazer a perícia na arma de fogo e demonstrar que a arma era imprestável e não havia aptidão para disparar. O STJ, diante do caso, disse que o fato era atípico, uma vez que a perícia demonstrou que a arma não tinha como disparar.

A análise do STJ passou pelo perigo abstrato e quando alguém é flagrado portando uma arma de fogo, nascem duas (2) presunções: **1º**: que aquilo é uma arma de fogo e **2º**: que a mera presunção de portar a arma de fogo é perigosa e que cria um risco a incolumidade pública.. (não há necessidade de ter a pronta disponibilidade). Não importa que eu esteja levando a arma dentro do carro e a munição lacrada na mochila dentro do porta-malas.

Até 2008 o STF dizia que era necessária a pronta disponibilidade (munição de fácil acesso para municiar e empregar a arma). De 2008 para cá, a jurisprudência evoluiu e não há necessidade de pronta disponibilidade, basta o porte.

A defesa com a sua perícia, demonstrou que a arma não tinha como disparar, dessa forma não havia o risco de perigo a sociedade (a defesa afastou a presunção e demonstrou que ela não é absoluta. A perícia demonstrou que a arma não era apta a produzir disparos, dessa forma afastou a presunção e demonstrou que não era uma arma de fogo e sim um mero artefato). Logo fato atípico.

O engraçado é que a jurisprudência prescinde (dispensa) da perícia da arma, porém o próprio artigo 175 do CPP diz: serão sujeitos a exame.(.....) a fim de verificar a NATUREZA e EFICIÊNCIA.

Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

Se o crime é de perigo ABSTRATO, o certo seria periciar a arma, pois ela pode estar quebrada e não oferecer risco algum. (sem potencialidade nenhuma)

O entendimento hoje dos tribunais superiores é da dispensa da perícia, porém, o ônus de demonstrar que a arma não oferece nenhuma lesividade é do réu.

Tem que demonstrar a **NATUREZA**: é uma arma de fogo? Qual o calibre? Qual a marca?

Tem que demonstrar a **EFICIÊNCIA**: faz-se o teste e comprova que a arma não dispara porque o gatilho está quebrado. Não há eficiência.

A perícia serve para isso.

Outro caso interessante ocorrido em Agosto de 2014, onde o sujeito tinha uma arma de fogo registrada em seu nome e não fez o cadastramento que fora exigido na época. (crime de perigo abstrato). O STJ disse não pode punir o cidadão porque ele deixou de fazer o cadastramento, uma vez que o Poder Público sabia do cadastro anterior e até mesmo do endereço onde a arma supostamente se encontra. O STJ nesse caso mitigou o artigo 12 da lei 10.826/2003, pois, entendeu que outro ramo do direito poderia atuar antes mesmo do direito

penal. O poder público poderia aplicar uma multa ou até mesmo confiscar a arma não precisando inicialmente entrar na seara do Direito Penal.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

❖ Princípio da Insignificância (bagatela)

Quando falamos em princípio da insignificância, temos que falar em tipicidade conglobante.

Vamos falar um pouco sobre tipicidade conglobante: Para haver tipicidade, tem que haver uma análise conglobada no aspecto formal (tipicidade formal), antinormatividade e tipicidade material.

Quero evitar a lesão ou prejuízo ao Bem Jurídico e para isso eu preciso elaborar uma norma. Porém para dar VIDA ou CORPO à norma, eu preciso de um tipo penal (preciso da lei).

A alma é a norma e o corpo a lei. A lei (tipicidade formal) é que vai dar corpo a essa norma de proteção ao bem jurídico.

Um pequeno adendo (acrescentado pelo monitor) – TIPICIDADE CONGLOBANTE

A teoria da **tipicidade conglobante** do jurista argentino [Eugenio Raúl Zaffaroni](#), visa explicar a tipicidade (elemento integrante do fato típico) para o direito penal. Essa teoria basicamente entende que o estado não pode considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo Estado. Em outras palavras, o que é permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta não pode estar proibido por outra.

Até então a tipicidade era compreendida como: tipicidade formal (descrição legal do fato típico) e tipicidade material (ofensividade da conduta ao bem juridicamente tutelado). Zaffaroni criou o conceito de tipicidade conglobante, sendo entendida como a junção da tipicidade material com a antinormatividade.

O estudo da tipicidade penal, com o advento da teoria constitucionalista do delito, ganhou uma nova dimensão. Com isso, não mais pode ser compreendida como a mera subsunção do fato à norma penal incriminadora, num prisma meramente formal, como outrora predominava na doutrina pátria.

Nesse sentido entendia-se "por tipicidade a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal previsto abstratamente na lei e a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado. Trata-se de uma relação de encaixe, de enquadramento" (ESTEFAM, 2010, p. 194).

Segundo a melhor doutrina, o estudo da tipicidade pode ser separado em três períodos: a) fase da independência, iniciada com os estudos de Beling (1906), onde a tipicidade tinha caráter meramente discritivo; b) fase do caráter indiciário ou "ratio cognoscendi", com Mayer (1915), onde a tipicidade passa a ser vista como indício da ilicitude e c) fase da "ratio essendi", onde a ilicitude faz parte da tipicidade, desenvolvida por Mezger (1931).

Durante muito tempo, o estudo da tipicidade englobava meramente a visão formal (fática/legal ou lingüística), "ou seja, a adequação do fato à letra da lei" (GOMES, 2009, P. 164). Nesse sentido, recai o estudo sobre os elementos, conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade.

Assim, para que houvesse tipicidade, era necessário "existir adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo)" (GRECO, 2008, p.156).

Explica Luiz Flávio Gomes (GOMES, p. 164):

A dimensão formal ou fática/legal (do fato materialmente típico) cuida da causação (da relação de causa e efeito e do princípio da legalidade). A doutrina penal clássica voltava-se somente para essa dimensão. Esqueceu (quase que) por completo do aspecto da desvalorização da conduta assim como da desvalorização do resultado jurídico .

A partir da visão ofertada pela teoria constitucionalista do delito, a tipicidade ganhou nova dimensão, acrescentando a tipicidade material ao seu estudo, com a análise do desvalor da conduta e do resultado, que como lembra Luiz Flávio Gomes, "aproxima-se muito do conceito de tipicidade sistemática e conglobante de Zaffaroni, mas com ele não se identifica totalmente" (Idem, p. 164).

É do magistério de Rogério Greco que se extrai a seguinte lição acerca da tipicidade conglobante (Idem , p. 157):

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).

Com isso, seria incoerente e contraditório, que dentro de um mesmo ordenamento jurídico existisse uma norma que autoriza um comportamento, enquanto outra norma, dentro do mesmo sistema, proíbe formalmente o mesmo comportamento por ela admitido.

Isso geraria um verdadeiro choque dentro do sistema normativo como um todo, quebrando a harmonia e colocando em risco os valores salvaguardados pelo ordenamento.

Nesse sentido, bem exemplifica André Estefam (Idem, p. 195) ao afirmar que " não teria sentido, dentro dessa perspectiva, afirmar que a conduta do médico que realiza uma cirurgia no paciente viola a norma penal do art. 129 do CP (não ofenderás a integridade corporal alheia) e, ao mesmo tempo atende ao preceito constitucional segundo o qual a saúde é um direito de todos (não é lógico dizer que ele viola uma norma e obedece a outra, ao mesmo tempo)".

Outro exemplo pode ser extraído das lições de Rogério Greco (Idem, p. 157-158):

Exemplificando com o caso de um oficial de justiça que, cumprindo uma ordem de penhora e seqüestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido. A lógica mais

elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta (ZAFFARONI, 1998, p. 458 apud GRECO, 2008, 158).

Segundo o idealizador da teoria da tipicidade conglobante, o jurista argentino E. Raul ZAFFARONI, a tipicidade nos delitos dolosos envolveria a análise de dois elementos: um objetivo e outra parte, subjetiva.

Na sua parte objetiva, teria o tipo penal a missão de explicitar o fato delituoso, "isto é, um conflito penal (a conflitividade), que é uma das barreiras insuperáveis do poder punitivo. Logo, cuida ela da lesividade assim como da imputação objetiva" (GOMES, 2009, p. 165).

Estariam inseridos nessa tipicidade objetiva, conduta, resultado, nexos de causalidade, etc. Assim, "esquemáticamente, no crime doloso, a tipicidade para Zaffaroni seria: tipicidade objetiva + tipicidade subjetiva. Aquela compreenderia a tipicidade sistemática + tipicidade conglobante" (Idem, mesma página).

No entanto, o que Zaffaroni sugere como conglobante, se adéqua necessariamente a tipicidade material, mais precisamente na satisfação do primeiro juízo de valoração, ou seja, da conduta. Nesse elastério, somente avaliando um comportamento diante de todo o ordenamento é que se pode chegar a conclusão sobre a sua plena admissibilidade ou não dentro do sistema. Assim, "os critérios determinantes de tipicidade conglobante de Zaffaroni, em suma, são relevantes para o juízo de aprovação (ou desaprovação) da conduta. O que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode ser proibido por outra, portanto, não constitui típico" (Ibidem, p. 165).

Por derradeiro, "a antinomia existente deverá ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico" (GRECO, 2008, p. 158).

Voltando a falar do princípio da Insignificância.

Há tipicidade material quando ocorre um critério material de seleção do bem jurídico a ser protegido, ou seja, quando a conduta é ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal. Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, já que os tipos penais não passam de manifestações de tutela jurídica destes bens.

A afetação do bem jurídico pode se manifestar sob as formas de dano (ou lesão) e de perigo (ameaça de lesão).

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio da insignificância requer a presença de quatro (4) requisitos (vetores) para ser considerado na tipificação penal:

- **1º - a mínima ofensividade da conduta do agente;** (ex.: sujeito foi flagrado pescando camarão em época de proibição e usou uma rede fina e pegou 500 gramas de camarão miúdo)
- **2º - a inexistência de periculosidade social da ação;** (a conduta apresenta um risco social importante? Se há uma repercussão social. Ex...:O mesmo sujeito incentiva a todos pescarem. Pronto, há uma periculosidade)

- 3º - o **reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento**; (ex.: pessoa desempregada que subtraiu 3 barras de chocolate para dar aos sobrinhos no Natal)
- 4º - a **inexpressividade da lesão jurídica provocada**. (aqui eu estou preocupado com o desvalor do resultado)

Obs: O porte de drogas para uso pessoal do art. 28 da lei de drogas (lei 11.343/2006) não aplica o princípio da insignificância, porque, a pequena quantidade de droga já é o próprio elemento do tipo penal, pois se for maior quantidade, seria tráfico. (STF e STJ já tem esse entendimento fechado)

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.

❖ **Princípio da Legalidade** “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Dispõe o art.5º, XXXIX, da CRFB\88 que “**não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**”.

- **Desdobramentos do Princípio da Legalidade:**
- **Tipicidade** - somente a prática de conduta prevista em lei pode caracterizar-se como infração penal. (ex.: furto de uso é crime? Não. É um ilícito civil)
- **Anterioridade** - a lei penal deve estar em vigor antes de o crime ser praticado.
- **Taxatividade** - a lei penal deve ser certa, não se admitindo descrições vagas e imprecisas da conduta proibida.

Exemplo: Epidemia é um crime hediondo? Não. O que é crime hediondo é epidemia com resultado morte..(não podemos alargar o conceito porque o legislador só etiquetou como crime hediondo a epidemia com causa morte).

Fim da aula 02