

DOCTRINA

Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque

Amaury Silva*

O princípio da legalidade como condutor cômico das prerrogativas e garantias democráticas do cidadão, quando em foco o direito penal, encontra na tipicidade o regozijo e a barreira necessária à contenção do excesso de poder punitivo estatal ou extravagâncias nos controles oficiais às condutas humanas. Quando justaposto ao princípio da irretroatividade da lei penal em regra (art. 2º, parágrafo único, CP), concebe uma rota linear que exclama contra os desatinos e casuísmos.

Se o direito penal não tivesse como pressuposto a exigência de lei que disponha sobre seu formato e a vedação de seu ressurgimento como fênix, para reviver situações pretéritas, já extirpadas da preocupação de tutela do legislador penal, seu perfil repressivo seria notado e vivenciado em doses exponenciais e por isso arbitrarias.

No entanto, reside na dimensão e enfoque que se dê à tipicidade, mais do que a própria legalidade e irretroatividade da lei penal como dogmas intransponíveis, o cursor natural e lógico para aprimoramento do direito penal justo, adequado a um Estado Democrático. Pode-se dizer com acerto que não existiria a tipicidade sem a legalidade e seus contornos seriam débeis sem a regra benigna da retroatividade. Contudo, os princípios em destaque - legalidade e irretroatividade em regra da lei penal - são pilares sem os quais não se poderia sequer falar em direito penal como instrumento legítimo de uma sociedade organizada, enquanto o estudo e a importância dada à tipicidade serão o indicativo da opção pelo viés democrático, com maior acentuação.

Essa projeção do cuidado com a tipicidade deve exorbitar ao conceito já conferido e sedimentado pela compreensão doutrinária, que conduz sua verificação com o preenchimento da previsão cogitada em lei ao fato concretamente abordado. Essa “congruência entre a ação concreta e o paradigma legal” de que nos fala Miguel Reale Júnior, citado por Guilherme de Souza Nucci,¹ para se entender existente a tipicidade, resta insuficiente quando o sistema legal nas suas diversas vertentes se cruza, criando a possibilidade do choque e do antagonismo, que deve ser suprimido a fim de que o direito penal não seja utilizado mais do que deveria ou em condições exasperadas.

O comparativo do abstrato e do caso objetivamente concretizado deve envolver todo o plano normativo.

A lógica dos sistemas legais não pode conviver com dispositivos dúbios, refratários ou dissonantes em comparativos individuais ou por grupos. A antropofagia consistente no fato de uma norma legal desautorizar ou autorizar o que outra concorda ou veda inviabiliza que o próprio direito penal seja analisado e definido no isolamento de suas próprias normas, sem buscar-se a aderência de dispositivos conexos, em cada caso concreto.

* Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Teófilo Otoni/MG

¹ “Nas palavras de Miguel Reale Júnior, é a ‘congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto’ (*Parte Geral do Código Penal - Nova Interpretação*, p. 21)”, *apud* NUCCI, 2005, p. 143.

Se isso acontecer, fica instaurado o risco de corrupção da “ordem normativa”, que poderia levar ao caos, restando plausível que a tipicidade penal seja a resultante da tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, como ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

A norma proibitiva que dá lugar ao tipo (e que permanece anteposta a ele: ‘não matarás’, ‘não furtarás’ etc) não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa, onde não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas (...)

Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibitiva à luz da consideração englobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração englobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal...²

Essa ausência de convergência do sistema legal pode se refletir ainda no cotejo da conduta típica com premissas inseridas no contexto do Direito Natural, mesmo que o ordenamento jurídico extrapenal não diga de maneira expressa que incentive ou autorize aquele comportamento. Se ocorrer o impacto da grandeza que a conduta típica viole aqueles princípios já imutáveis, irrevogáveis e universais que compõem o senso do Direito Natural, ensejando um espectro de garantias democráticas, curial que esse, para alimentar o incremento da justiça, diga ao Direito Positivo Penal que seus padrões ou modelos não deveriam ser típicos, resultando também uma atipicidade conglobante.

O conagraçamento do direito penal com o remanescente da ordem jurídica e com os princípios que orientem o Direito Natural, como proteção à vida, liberdade, associação e outras premissas, estão a funcionar como mecanismos de tutela e prestígio da própria natureza humana, como aponta Paulo Nader:

O raciocínio que nos conduz à idéia do Direito Natural parte do pressuposto de que todo ser é dotado de uma natureza e de um fim. A natureza, ou seja, as propriedades que compõem o ser, define o fim a que este tende a realizar. Para que as providências ativas do homem se transformem em ato e com isto ele desenvolva, com inteligência, o seu papel na ordem geral das coisas, é indispensável que a sociedade se organize com mecanismos de proteção à natureza humana. Esta se revela, assim, como a grande condicionante do Direito Positivo. O adjetivo natural, agregado à palavra direito, indica que a ordem de princípios não é criada pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza. A presente colocação decorre da simples observação de fatos concretos que envolvem o homem e não de meras abstrações ou dogmatismos. A premissa básica de nosso raciocínio, com toda evidência, se revela verdadeira. Conforme asseverou Max Weber, ‘não existe ciência inteiramente isenta de pressupostos e ciência alguma tem condição de provar seu valor a quem lhe rejeite os pressupostos’. Com outras palavras, Jacques Leclercq fez a mesma afirmação: ‘Sem admitir determinadas evidências, não é possível viver’...³

E assegura ainda o indigitado autor, quando preleciona sobre os princípios integrantes do jusnaturalismo:

O jusnaturalismo atual concebe o Direito Natural apenas como um conjunto de amplos princípios, a partir dos quais o legislador deverá compor a ordem jurídica. Os princípios mais apontados

² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 549-550.

³ NADER, 1998, p. 437-438.

referem-se ao direito à vida, à liberdade, à participação na vida social, à união entre os seres para a criação da prole, à igualdade de oportunidades. O chamado *direito natural normativo*, erro do séc. XVIII, que pretendeu, *more geometrico*, estabelecer códigos de Direito Natural, é idéia inteiramente abandonada...⁴

Essa perspectiva é a que movimenta o trato com o delito previsto no art. 12, § 2º, III, Lei 6.368/76, isto é, contribuição de qualquer forma para incentivo ou difusão do uso indevido ou tráfico de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, quando são trazidas ao contexto da subsunção do fato ao tipo penal, condutas referentes à manifestação do agente pela sua opção ou preferência por drogas, revelando sua empatia ou adesão ao consumo. De se apontar que a Lei 11.342/2006, que ab-rogou a antiga lei de tóxicos, não repetiu o mesmo perfil típico.

A par da concreta violação do princípio da taxatividade que o tipo penal em apreço encerrava, como pontificou Heleno Fragoso,⁵ os comportamentos que normalmente são erigidos à realização do tipo penal consistem em padrões de ação ou atitude, totalmente acobertados pela livre manifestação do pensamento ideológico, o que está de maneira plena inserida na abordagem do Direito Natural, ao colóquio entre a dicção garantista e democrática para lida com o direito penal.

Se o tipo não pode estar em conformidade com o princípio dessa categoria, logicamente que a atipicidade conglobante se agiganta de modo a desprezar aquele comportamento, quando direcionado à conduta que realiza simultaneamente a liberdade de expressão e pensamento. Esse enfoque tem sido admitido pela jurisprudência.⁶

O mesmo pensamento deve ser atribuído ao cotejo entre o princípio da liberdade, inerente a qualquer ser humano como apanágio da sua condição, para ser contemplado pelo Direito Natural, viabilizando uma atipicidade conglobante de eventual tipificação do crime de fuga do preso. Para tanto, se observa que no direito penal pátrio a evasão do preso só é tipificada quando se usa o mecanismo da violência contra a pessoa, porquanto, nesse itinerário, a relevância da objetividade jurídica, ou seja, a incolumidade física de outrem, deve prevalecer (art. 352, CP).

É acertada, com isso, a posição que conclui pela atipicidade conglobante, quando o tipo penal em análise é comparado com o remanescente da ordem jurídica, e não puder ser acomodado ou mesmo com princípios nobres e inderrogáveis ao padrão do Direito Natural.

Quando se trata do crime de fraude no pagamento por meio de cheque através da conduta de frustrar-lhe o pagamento, mediante sustação ou contra-ordem, uma indutiva liturgia da subsunção dos fatos à tipicidade legal implica uma primeira e automática, mas insuficiente, conclusão de que a conduta narrada em virtual increpação sob esse plano fático tem sede no art. 171, § 2º, inciso VI, *in fine*, CP. Mas tal solução não sobrevive à teoria da tipicidade conglobante.

⁴ Ob. cit., p. 439.

⁵ “O núcleo deste inciso é exageradamente amplo, vago e indeterminado. A nosso ver, viola o princípio da taxatividade da lei penal (CP, art. 1º). A contribuição incriminada precisa manifestar-se por meio de ação ‘idônea que diretamente sirva à difusão ou ao incentivo ou ao uso ilegítimo de entorpecente’”. FRAGOSO, 1981, p. 259.

⁶ “*Habeas corpus*. Liberdade provisória. Paciente denunciado por contribuição ou incentivo ao uso e tráfico de drogas. Adesivo na motocicleta com a reprodução da folha de maconha. Tipicidade formal. Antinormatividade da conduta que enseja dúvida, não subsistindo a manutenção da prisão. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida” - TJMG - HC nº 1.0000.04.410004-8/000 - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Herculano Rodrigues, j. 01/07/2004, *in* www.tjmg.gov.br/jurisprudencia - acesso 17/05/2006.

Os apontamentos da doutrina de Luiz Regis Prado discorrem no sentido de que a contra-ordem ou sustação do cheque, embasada em motivo justo, é o único elemento capaz de afastar naquela hipótese a tipicidade, pois revela um motivo justo para aquela providência.⁷

A evocação dos institutos de direito comercial, ligados à circulação e pagamento do cheque, isto é, a revogação ou oposição (sustação) suprimem a tipicidade do episódio que se concentra no seu aspecto fático na conduta do agente que edite contra-ordem ou sustação independentemente do motivo, isso porque não pode ser considerada como tipicidade penal uma norma penal, desafiada e desautorizada por outra, sobretudo quando seu caráter é específico.

Ora, os arts. 35 e 36, Lei 7.357/85, autorizam ao emitente do cheque que expresse a revogação da ordem de pagamento emitida, ou mesmo faça oposição ao pagamento, ou seja, a sustação, vedado ao sacado imiscuir-se na justeza ou relevância da razão invocada pelo oponente.

Assim prescrevendo, a Lei do Cheque não se permeabiliza com o direito penal no tratamento sobre a questão da frustração no pagamento do cheque. Enquanto uma norma dita conduta típica (tipicidade legal), a outra na análise conjuntural do sistema legal desconsidera-a para autorizar e permitir a ação que seria típica, o que importa na aferição conjunta desses enunciados para se buscar a lógica da ordem normativa (tipicidade conglobante) e surgir com lisura e com base nos princípios do direito penal da fragmentariedade e intervenção mínima, a sua aplicação correta (tipicidade penal).

Desse modo, a tipicidade inercial do art. 171, § 2º, VI, *in fine*, CP, com checagem ao sistema legislativo em vigência não pode encerrar conduta típica exteriorizada pela frustração nos modelos acima tratados, com repercussão no direito penal, implicando assim a visceral atipicidade dos fatos com a configuração abordada.

O art. 65, Lei 7.357/85, ao anotar que os efeitos penais da emissão do cheque sem provisão suficiente de fundos junto ao sacado, a frustração de seu pagamento e condutas ligadas à falsidade, falsificação ou alteração, continuariam sob a égide da própria legislação penal, não abalam ou distorcem a conclusão acima apontada, já que integrante das disposições gerais, funciona como uma norma programática, sem estabelecer índices ou dados ligados à tipicidade ou outros requisitos para o desenho do ilícito penal.

É razoável, assim, a conclusão de que o crime em questão, quando for aventado que a conduta típica se desenvolva com apoio naqueles manifestos do emitente do cheque, previstos na lei específica, independentemente do juízo de valor que se faça deles, encontra liceidade e, por isso, não merece o tratamento penal, por acarretar um choque na estrutura do sistema legal em vigor.

Logicamente que, tirante a frustração do pagamento do cheque por meio de contra-ordem ou sustação, persiste a virtual tipicidade, já que pode ocorrer que o próprio emitente propositadamente frustra o pagamento, mas utilizando-se da conduta de retirar os valores que propiciam os fundos respectivos para pagamento da cártula.

Diante desse quadro, a denúncia que eventualmente fizer a descrição de fato com esse perfil não pode propiciar uma imputação penal, desafiando a rejeição do pedido nela contido, com basilar apoio no art. 43, I, CPP.

⁷ “Frustrar importa dissipar a expectativa, malograr. Assim, embora o título tenha lastro em poder do sacado, o agente obstaculiza o seu pagamento, ou retirando-lhe os fundos antes da apresentação do título, ou emitindo uma contra-ordem de pagamento ao sacado. Contudo, não se pode olvidar que ao emitente é dado frustrar o pagamento, desde que embasado em motivo justo, v.g., por ocasião de furto do cheque. O que a norma incrimina é a frustração fraudulenta”. PRADO, 2004, p. 603.

Referências bibliográficas

FRAGOSO, Heleno. *Lição de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro - parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro - parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

-...-