



EDEPAR

Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

ANEXO ÚNICO

FICHA DE INSCRIÇÃO

PROPOSTA DE TESE INSTITUCIONAL

Nome: LUCIANO ROBERTO GULART CABRAL JÚNIOR

Área de atuação: Infância e Juventude

Lotação: Cascavel

SÚMULA

A posse de dispositivo eletrônico para fumar (DEF), por si só, não configura ato infracional.

ASSUNTO

Ato infracional. Princípio da reserva legal. Receptação. Dispositivos eletrônicos para fumar (DEFs).



EDEPAR

Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - RDC nº 855/2024 dispõe que “fica proibida a fabricação, a importação, a comercialização, a distribuição, o armazenamento, o transporte e a propaganda de todos os dispositivos eletrônicos para fumar” (art. 3º).

No entanto, de acordo com o **princípio da reserva legal**, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, art. 5º, XXXIX), de modo que se exige lei em sentido estrito para a criação de delitos, não bastando a edição de resoluções administrativas para tal desiderato.

Inicialmente, será analisada a atipicidade da posse de dispositivo eletrônico para fumar no tocante ao ato infracional equiparado ao delito de receptação. Em seguida, serão tecidas considerações no que concerne à inadequação típica da conduta em relação a qualquer ato infracional.

De acordo com o artigo 180 do Código Penal, a receptação consiste em “adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

Nesse prisma, a doutrina leciona que a **receptação é crime acessório**, isto é, não possui existência autônoma, **exigindo um crime anterior**.

Ou seja,

a receptação é crime acessório, de fusão ou parasitário, pois **não tem existência autônoma, reclamando a prática de um delito anterior**. A palavra “crime” deve ser interpretada restritivamente - se a coisa é produto de contravenção penal, não se caracteriza o delito em análise. É imprescindível a comprovação da natureza criminosa do bem [...]. **É indispensável que se comprove a existência material do crime de que proveio a coisa que se diz receptada.** (MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 829).

Convém mencionar que a receptação pressupõe a existência de **justa causa duplicada**, não bastando a demonstração da aquisição, do recebimento, do transporte, da condução ou da ocultação de um objeto, sendo **indispensável também a presença de lastro probatório mínimo em relação ao crime precedente** (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 226).

Logo, **é fundamental a prova da origem criminosa - e não meramente proibida ou ilícita - do bem**.

Em outras palavras: é necessária a **comprovação mínima da materialidade do crime antecedente (justa causa duplicada), condição necessária para a consequente caracterização (tipicidade) do crime acessório (receptação)**.



EDEPAR

Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

Por conseguinte, a mera posse de dispositivo eletrônico para fumar, desacompanhada de lastro probatório mínimo acerca do delito precedente, acarreta a inviabilidade da existência do crime acessório (receptação).

Agregando-se a isso, o bem jurídico protegido pela norma penal do artigo 180 do Código Penal é o patrimônio de alguém, haja vista que a receptação se caracteriza como um **crime contra o patrimônio**.

Nessa dicção, o Superior Tribunal de Justiça decide que “**o objeto de proteção do art. 180 do Código Penal é bem de natureza individual, qual seja, o patrimônio, mais especificamente, o patrimônio da vítima** lesada pelo primeiro delito” (AgRg no HC n. 782.142/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 17/2/2023).

Logo, a ausência de identificação de uma vítima que sofreu prejuízo patrimonial corrobora a argumentação de que não se configura o ato infracional análogo ao delito de receptação, o qual se constitui como um crime contra o patrimônio.

Dessa forma, a conduta de adolescente que possui dispositivo eletrônico para fumar, por si só, é atípica em relação ao ato infracional análogo ao delito de receptação.

De outro lado, a **intervenção mínima** possui como característica essencial a **atuação subsidiária** e em **última ratio do Direito Penal e Infracional**, ou seja, apenas quando os demais ramos do Direito fracassarem e somente na eventualidade de existir fundamento adequado para a sua aplicação.

Nesse contexto, ainda que o adolescente tenha incorrido em violação de norma administrativa ou sanitária, não se pode criminalizá-lo, diante da ausência de lei penal que tipifique como delito a conduta de possuir dispositivo eletrônico para fumar.

É importante traçar um paralelo entre o uso de cigarro e o uso de cigarro eletrônico. A Lei do Estado do Paraná nº 16.239/2009 “proíbe no território do Estado do Paraná, *em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados*, o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, bem como os do tipo narguile, ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, que produza fumaça e o uso de cigarro eletrônico” (art. 2º, *caput*).

Caso o adolescente fosse flagrado fumando um cigarro (não eletrônico), embora em violação de uma norma de cunho administrativo, soaria ilógico que lhe fosse atribuída a prática de ato infracional. Seriam cogitadas as consequências sancionatórias no âmbito do Direito Administrativo, exclusivamente. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando o adolescente traz consigo um dispositivo eletrônico para fumar (cigarro eletrônico).

Na verdade, o uso de dispositivo eletrônico para fumar não atinge a esfera jurídica alheia, incidindo o **princípio da alteridade**. De acordo com a doutrina, “ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si próprio, pois uma das características inerentes ao Direito Penal moderno repousa na necessidade de intersubjetividade nas relações penalmente relevantes. [...] Nesse princípio se fundamenta a



EDEPAR

Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

impossibilidade de punição da autolesão” (MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Parte geral (arts. 1º a 120). 16 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 44).

O sistema socioeducativo é regido pelo **princípio da excepcionalidade**, pelo **princípio da proporcionalidade** e pelo **princípio da mínima intervenção** (ECA, art. 100, parágrafo único, VII e VIII, c/c art. 113; Lei nº 12.594/2012, art. 35, II e VII).

A instauração de um procedimento de apuração de ato infracional e a imposição de uma medida socioeducativa em razão da posse de um dispositivo eletrônico para fumar é claramente desproporcional, afastando-se - e muito - da intervenção mínima e da subsidiariedade que deve pautar o Direito Penal e o Direito Infracional.

Nessa linha, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 101, prevê medidas de proteção de podem ser aplicadas para a garantia de direitos do adolescente, a exemplo de “orientação, apoio e acompanhamento temporários” (inciso II); “inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente” (inciso IV); e “inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos” (inciso VI).

A abordagem protetiva, por meio de ações da rede de proteção, inclusive mediante a participação ativa do Conselho Tutelar, é a mais adequada para a situação do adolescente, consentânea com o princípio da proporcionalidade e da mínima intervenção, não reclamando a necessidade de movimentação do aparato persecutório juvenil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao estipular que o princípio da intervenção mínima orienta que “a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente” (ECA, art. 100, parágrafo único, VII), evidenciando que **a aplicação de medidas de proteção é suficiente para a salvaguarda dos direitos do adolescente.**

O uso de dispositivos eletrônicos para fumar por adolescentes deve ser tratado como uma questão de **saúde pública**, ou seja, sob a ótica da proteção de direitos - e não da criminalização e da punição.

Demonstra-se desproporcional e inconstitucional a tentativa punitivista de adequação típica da posse de dispositivo eletrônico para fumar como ato infracional, olvidando-se que a diretriz primordial da intervenção estatal deve se concentrar na promoção dos direitos do adolescente, à luz da prioridade absoluta e da proteção integral (CF, art. 227; ECA, arts. 1º, 4º e 100, parágrafo único, II).

Para finalizar, **não se pode deduzir que a conduta corresponde ao ato infracional equiparado ao delito de contrabando**, porquanto a posse de dispositivo eletrônico para fumar não comprova, por si só, a responsabilidade pela importação ou pela comercialização. Logo, a conduta carece de correspondência típica com os núcleos do crime previsto no artigo 334-A do Código Penal.



EDEPAR

Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

Portanto, a atipicidade da posse de dispositivo eletrônico para fumar obsta a aplicação de qualquer medida socioeducativa.

A propósito, dispõe o artigo 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 189. A autoridade judiciária **não aplicará qualquer medida**, desde que reconheça na sentença:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - **não constituir o fato ato infracional**;

IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade.

Nesse diapasão, é inevitável reconhecer que **a posse de dispositivo eletrônico para fumar, por si só, não constitui infração penal e, consequentemente, não se enquadra na definição de ato infracional (ECA, art. 103).**



EDEPAR

Escola da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A instauração de procedimento de apuração de ato infracional perante adolescentes que são encontrados em posse de dispositivos eletrônicos para fumar, destinados ao uso pessoal, está se tornando praxe.

Ocorre que não possui amparo legal a atribuição da conduta como ato infracional, em decorrência do princípio da reserva legal.

Diante disso, a posse de dispositivo eletrônico para fumar (DEF), por si só, não configura ato infracional.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Diante de caso concreto em que o adolescente é submetido a procedimento de apuração de ato infracional em decorrência de posse de dispositivo eletrônico para fumar (DEF), é possível a formulação de requerimento de arquivamento da investigação, de rejeição da representação ou de improcedência da pretensão socioeducativa.

Não reconhecida a atipicidade da conduta, é cabível a interposição de recurso (geralmente agravo de instrumento ou apelação, por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Subsidiariamente, sugere-se a impetração de *habeas corpus*.