2021.1

Caderno Sistematizado Direito Penal – Parte Especial

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

APRESENTAÇAO....19
INTRODUÇÃO À PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL....20
1. A DIVISÃO DO CÓDIGO PENAL EM PARTES....20
2. PRECEDÊNCIA HISTÓRICA DA PARTE ESPECIAL....20
3. IMPORTÂNCIA PRÁTICA DA PARTE ESPECIAL....20
4. TÍTULO DO CRIME....20
5. APRESENTAÇÃO DA PARTE ESPECIAL....20
CRIMES CONTRA A VIDA....22
1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL....22
2. ESPÉCIES....22
3. COMPETÊNCIA....22
4. AÇÃO PENAL....23
5. HOMICÍDIO....23
5.1. CONCEITO....23
5.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA....23
5.3. ESTRUTURA DO TIPO PENAL....24
5.4. HOMICÍDIO SIMPLES....24
5.4.1. Homicídio simples e lei dos crimes hediondos....25
5.4.2. Núcleo do tipo....25
5.4.3. Sujeito ativo....27
5.4.4. Sujeito passivo....27
5.4.5. Elemento subjetivo....28
5.4.6. Consumação....28
5.4.7. Tentativa....29
5.5. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO....29
5.5.1. Previsão legal....29
5.5.2. Natureza jurídica....29
5.5.3. Diminuição da pena....30
5.5.4. Incomunicabilidade do privilégio....30
5.5.5. Homicídio privilegiado e lei de crimes hediondos....30
5.5.6. Hipóteses de privilégio....30
5.6. HOMICÍDIO QUALIFICADO....33
5.6.1. Previsão legal....33
5.6.2. Homicídio qualificado e lei de crimes hediondos....34
5.6.3. Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (Inciso I)....34
5.6.4. Por motivo fútil (Inciso II)....35
5.6.5. Emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum (Inciso III)....36
5.6.6. À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (Inciso IV)....39
5.6.7. Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (inciso V)....40
5.6.8. Feminicídio (Inciso VI)....41
5.6.9. Homicídio contra integrantes dos órgãos de segurança pública (Inciso VII)....47
5.6.10. Homicídio e parentesco....53
5.6.11. Premeditação....53
5.7. HOMICÍDIO HÍBRIDO....53
5.7.1. Conceito....53
5.7.2. Cabimento....54
5.7.3. Lei dos Crimes Hediondos....55
5.8. CAUSAS DE AUMENTO NO HOMICÍDIO DOLOSO....55

5.8.1. Crime praticado contra pessoa menor de 14 anos ou maior de 60 anos 55
5.8.2. Crime praticado por milícia privada e grupo de extermínio 56
5.9. HOMICÍDIO CULPOSO 56
5.9.1. Previsão legal e considerações 56
5.9.2. Conceito 57
5.9.3. Homicídio culposo na direção de veículo automotor 57
5.9.4. Causas de aumento da pena 58
5.9.5. Perdão judicial 60
5.10. VAMOS TREINAR? 61
6. INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO OU A AUTOMUTILAÇÃO 61
6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 61
6.2. CONCEITOS 62
6.2.1. Suicídio 62
6.2.2. Automutilação 63
6.3. SUJEITOS DO CRIME 63
6.3.1. Sujeito ativo 63
6.3.2. Sujeito passivo 63
6.4. CONDUTA 64
6.5. TIPO SUBJETIVO (VOLUNTARIEDADE) 65
6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 65
6.7. MAJORANTE DE PENA 66
6.8. COMPARATIVO 67
6.9. DUELO AMERICANO E ROLETA RUSSA 68
6.10. PACTO DE MORTE 68
6.11. TESTEMUNHA DE JEOVÁ 69
6.12. DESAFIOS DA “BALEIA AZUL”, “MOMO” etc. 69
7. INFANTICÍDIO 70
7.1. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO 70
7.2. “SOB INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL” 70
7.3. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE 71
7.4. SUJEITO ATIVO 71
7.5. SUJEITO PASSIVO 72
7.6. CONDUTA 73
7.7. ELEMENTO SUBJETIVO 73
7.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 73
7.9. INFANTICÍDIO x ABANDONO DE RECÉM NASCIDO COM RESULTADO MORTE 74
8. ABORTO 74
8.1. CONCEITO 74
8.2. ESPÉCIES 74
8.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA 75
8.4. OBJETO MATERIAL 76
8.5. SUJEITO ATIVO 77
8.6. SUJEITO PASSIVO 77
8.7. MEIOS DE EXECUÇÃO 78
8.8. ELEMENTO SUBJETIVO 78
8.9. CONSUMAÇÃO 79
8.10. TENTATIVA 79
8.11. ABORTO E LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS 80

8.12. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM O SEU CONSENTIMENTO 80
8.12.1. Previsão legal e considerações 80
8.12.2. Modalidades 80
8.13. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE 82
8.13.1. Previsão legal e considerações 82
8.13.2. Hipóteses de dissenso (não consentimento) 82
8.13.3. Dupla subjetividade passiva 82
8.14. ABORTO PROVADO POR TERCEIRO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE 83
8.14.1. Previsão legal e considerações 83
8.14.2. Exceção pluralista à Teoria Monista 83
8.14.3. Consentimento válido 84
8.14.4. Concurso material com o delito de associação criminosa 84
8.15. ABORTO QUALIFICADO 84
8.15.1. Previsão legal e considerações 84
8.15.2. Alcance 85
8.15.3. Natureza jurídica 86
8.16. ABORTO LEGAL OU PERMITIDO 86
8.16.1. Previsão legal 86
8.16.2. Natureza jurídica 86
8.16.3. Fundamento constitucional 86
8.16.4. Hipóteses legais 86
8.17. ABORTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO 88
8.18. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO 89
LESÃO CORPORAL 90
1. CONCEITO 90
2. TOPOGRAFIA DO CRIME 90
3. BEM JURÍDICO TUTELADO 91
4. SUJEITO ATIVO 92
5. SUJEITO PASSIVO 92
6. CONDUTA 92
7. ELEMENTO SUBJETIVO 93
8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 93
9. LESÃO CORPORAL DOLOSA LEVE 93
9.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 93
9.2. CONCEITO 93
9.3. AÇÃO PENAL 94
9.4. (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 94
10. LESÃO CORPORAL GRAVE 94
10.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÃO 94
10.2. INCAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS, POR MAIS DE 30 DIAS 95
10.3. PERIGO DE VIDA 96
10.4. DEBILIDADE PERMANENTE DE MEMBRO, SENTIDO OU FUNÇÃO 96
10.5. ACELERAÇÃO DE PARTO 96
11. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA 97
11.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 97
11.2. INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O TRABALHO 97
11.3. ENFERMIDADE INCURÁVEL 97
11.4. PERDA OU INUTILIZAÇÃO DO MEMBRO, SENTIDO OU FUNÇÃO 98

11.5. DEFORMIDADE PERMANENTE 98
11.6. ABORTO 99
12. COEXISTÊNCIA DE QUALIFICADORAS 99
13. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE 99
13.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 99
13.2. ELEMENTOS DO CRIME 100
14. LESÃO CORPORAL PRIVILEGIADA 100
15. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA 101
15.1. LESÃO CORPORAL DOLOSA CONTRA PESSOA MENOR DE 14 ANOS OU MAIOR DE 60 ANOS 101
15.2. LESÃO CORPORAL DOLOSA PRATICADA POR MILÍCIA PRIVADA E GRUPO DE EXTERMÍNIO 101
16. LESÃO CORPORAL CULPOSA 102
16.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 102
16.2. LESÃO CORPORAL CULPOSA NO CTB 102
16.3. CAUSA DE AUMENTO DE PENA 103
16.4. PERDÃO JUDICIAL 103
17. LESÃO CORPORAL: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR 103
17.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 103
17.2. PREVISÃO LEGAL 104
17.3. LESÃO CORPORAL LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (§9º) 104
17.4. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA (§10) 105
17.5. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA NOS CRIMES COMETIDOS CONTRA DEFICIENTES (§11) 106
17.6. SISTEMATIZANDO 106
18. LESÃO CORPORAL FUNCIONAL 106
19. AÇÃO PENAL NO CRIME DE LESÃO CORPORAL 108
RIXA 110
1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 110
2. CONCEITO 110
3. BEM JURÍDICO TUTELADO 110
4. SUJEITO ATIVO 110
5. SUJEITO PASSIVO 111
6. CONDUTA 111
7. ELEMENTO SUBJETIVO 111
8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 111
9. RIXA E LEGÍTIMA DEFESA 112
10. RIXA QUALIFICADA 112
11. AÇÃO PENAL 114
CRIMES CONTRA A HONRA 115
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 115
1.1. PREVISÃO LEGAL 115
1.2. NATUREZA SUBSIDIÁRIA 115
2. CONCEITO DE HONRA 116
3. ESPÉCIES DE HONRA 116
3.1. HONRA OBJETIVA x HONRA SUBJETIVA 116
3.2. HONRA COMUM x HONRA ESPECIAL (PROFISSIONAL) 116
4. CALÚNIA 116
4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 117
4.2. CONCEITO 117
4.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA 117

4.4. OBJETO MATERIAL 117
4.5. NÚCLEO DO TIPO 117
4.6. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO PENAL 118
4.7. FORMAS DE CALÚNIA 118
4.7.1. Inequívoca ou explícita 118
4.7.2. Equívoca ou implícita 118
4.7.3. Reflexa 118
4.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 118
4.9. SUBTIPO DA CALÚNIA 119
4.10. CALÚNIA CONTRA OS MORTOS 119
4.11. CALÚNIA x DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA 119
4.12. EXCEÇÃO DA VERDADE 120
4.12.1. Conceito 120
4.12.2. Autoridade pública com prerrogativa de foro 120
4.12.3. Momento para apresentação 121
4.12.4. Cabimento 121
4.13. EXCEÇÃO DA NOTORIEDADE 122
5. DIFAMAÇÃO 122
5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 122
5.2. CONCEITO 123
5.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA 123
5.4. OBJETO MATERIAL 123
5.5. NÚCLEO DO TIPO 123
5.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 123
5.7. EXCEÇÃO DA VERDADE 123
5.8. EXCEÇÃO DA NOTORIEDADE 124
6. INJÚRIA 125
6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 125
6.2. CONCEITO 125
6.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA 125
6.4. OBJETO MATERIAL 125
6.5. NÚCLEO DO TIPO 125
6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 126
6.7. EXCEÇÃO DA VERDADE 127
6.8. EXCEÇÃO DA NOTORIEDADE 127
6.9. PERDÃO JUDICIAL 127
6.10. INJÚRIA REAL 128
6.11. INJÚRIA QUALIFICADA PELO PRECONCEITO 129
6.12. INJÚRIA COMETIDA PELA INTERNET E COMPETÊNCIA 130
6.13. INJÚRIA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO E DESACATO 131
7. PONTOS COMUNS AOS CRIMES CONTRA A HONRA 131
7.1. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA 131
7.2. SUJEITO ATIVO 131
7.3. SUJEITO PASSIVO 132
7.3.1. Sujeito passivo e Lei de Segurança Nacional 133
7.4. MEIOS DE EXECUÇÃO 133
7.5. ELEMENTO SUBJETIVO 133
8. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA 133

8.1. PREVISÃO LEGAL 134
8.2. CRIME COMETIDO CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA OU CHEFE DE GOVERNO ESTRANGEIRO 134
8.3. CRIME COMETIDO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES 134
8.4. CRIME COMETIDO NA PRESENÇA DE VÁRIAS PESSOAS, OU POR MEIO QUE FACILITE A SUA DIVULGAÇÃO 134
8.5. CRIME COMETIDO CONTRA PESSOA MAIOR DE 60 ANOS OU PORTADORA DE DEFICIÊNCIA 135
8.6. CRIME COMETIDO MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA 135
9. EXCLUSÃO DO CRIME 135
9.1. PREVISÃO LEGAL 135
9.2. NATUREZA JURÍDICA E APLICABILIDADE 136
9.3. OFENSA IRROGADA EM JUÍZO, NA DISCUSSÃO DA CAUSA, PELA PARTE OU POR SEU PROCURADOR 136
9.4. OPINIÃO DESFAVORÁVEL DA CRÍTICA LITERÁRIA, ARTÍSTICAS OU CIENTÍFICA 136
9.5. CONCEITO DESFAVORÁVEL EMITIDO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM APRECIAÇÃO OU INFORMAÇÃO QUE PRESTE NO CUMPRIMENTO DE DEVER DE OFÍCIO 136
10. RETRATAÇÃO 137
10.1. PREVISÃO LEGAL 137
10.2. NATUREZA JURÍDICA E ALCANCE 137
10.3. MOMENTO 138
10.4. COMUNICAÇÃO 138
10.5. RETRATAÇÃO NA CALÚNIA E NA DIFAMAÇÃO x RETRATAÇÃO NO FALSO TESTEMUNHO 138
11. PEDIDO DE EXPLICAÇÕES 138
11.1. PREVISÃO LEGAL 138
11.2. CONCEITO 138
11.3. CABIMENTO 139
11.4. RESPOSTA AO PEDIDO DE EXPLICAÇÕES 139
11.5. RITO DO PEDIDO DE EXPLICAÇÕES 139
12. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA 139
13. JURISPRUDÊNCIA EM TESE: CRIMES CONTRA A HONRA (EDIÇÃO 130) 141
CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL 143
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 143
2. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO 143
2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 143
2.2. BEM JURÍDICO TUTELADO 143
2.3. SUJEITO ATIVO 144
2.4. SUJEITO PASSIVO 144
2.5. NÚCLEO DO TIPO 144
2.6. ELEMENTO SUBJETIVO 144
2.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 145
2.8. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO QUALIFICADOS 145
2.8.1. Previsão legal e considerações 145
2.8.2. Crime cometido contra vítima ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou maior de 60 anos 145
2.8.3. Crime cometido mediante internação da vítima em casa de saúde 146

2.8.4. Vítima privada de sua liberdade por mais de 15 dias 146
2.8.5. Crime cometido contra menor de 18 anos 146
2.8.6. Crime cometido com fins libidinosos 146
2.8.7. Crime que resulta em grave sofrimento físico ou moral 147
2.9. AÇÃO PENAL 147
3. TRÁFICO DE PESSOAS 147
3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 147
3.2. CONDUTA 148
3.3. SUJEITO ATIVO 149
3.4. SUJEITO PASSIVO 149
3.5. ELEMENTO SUBJETIVO 149
3.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 150
3.7. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA 150
3.8. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA 150
3.9. COMPETÊNCIA 150
3.10. AÇÃO PENAL 151
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO 152
1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL 152
2. TERMINOLOGIA LEGAL 152
3. CONCEITO DE PATRIMÔNIO 152
4. CRITÉRIO LEGISLATIVO PARA ESCOLHA DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO 152
5. FURTO 152
5.1. PREVISÃO LEGAL 152
5.2. TOPOGRAFIA 153
5.3. FURTO SIMPLES 153
5.3.1. Previsão legal e considerações 154
5.3.2. Objetividade jurídica 154
5.3.3. Objeto material 155
5.3.4. Núcleo do tipo 158
5.3.5. Sujeito ativo 158
5.3.6. Sujeito passivo 159
5.3.7. Elemento subjetivo 159
5.3.8. Consumação 160
5.3.9. Tentativa 161
5.4. FURTO NOTURNO 162
5.4.1. Previsão legal 162
5.4.2. Natureza jurídica 162
5.4.3. Aplicabilidade 162
5.4.4. Fundamento 162
5.4.5. Conceito de repouso noturno 163
5.4.6. (Des) necessidade de casa habitada 163
5.4.7. Inaplicabilidade ao crime cometido durante o dia 163
5.5. FURTO PRIVILEGIADO 163
5.5.1. Previsão legal 164
5.5.2. Requisitos 164
5.5.3. Efeitos do privilégio 164
5.5.4. Im (possibilidade) de furto privilegiado durante o repouso noturno 165
5.5.5. Furto privilegiado-qualificado 165
5.6. FURTO QUALIFICADO: ART. 155, §4º 166

5.6.1. Previsão legal e considerações 166
5.6.2. Furto com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa 166
5.6.3. Furto com abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza 167
5.6.4. Furto com emprego de chave falsa 170
5.6.5. Furto mediante concurso de duas ou mais pessoas 170
5.7. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE EXPLOSIVO OU ARTEFATO ANÁLOGO QUE CAUSE PERIGO COMUM 171
5.7.1. Previsão legal e considerações 171
5.7.2. Fundamento 171
5.7.3. Natureza jurídica 171
5.7.4. Explosivo ou artefato análogo 171
5.7.5. Prova da qualificadora 172
5.7.6. Relação com o crime de explosão 172
5.7.7. (Im) possibilidade de concurso com o art. 16, §1º, III do Estatuto do Desarmamento 172
5.7.8. Crime hediondo 172
5.8. FURTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR 173
5.8.1. Previsão legal e considerações 173
5.8.2. Requisitos 173
5.8.3. Concurso de pessoas 173
5.9. FURTO DE ANIMAL 174
5.9.1. Previsão legal e considerações 174
5.9.2. Fundamento 174
5.9.3. Natureza da qualificadora 174
5.9.4. Objetividade jurídica 174
5.9.5. Objeto material 174
5.9.6. Compatibilidade com outras qualificadoras 175
5.9.7. Princípio da insignificância 175
5.10. FURTO QUALIFICADO EM CASO DE SUBTRAÇÃO DE SUBSTÂNCIA EXPLOSIVA 176
6. ROUBO 176
6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 176
6.2. TOPOGRAFIA 177
6.3. ROUBO PRÓPRIO 177
6.3.1. Previsão legal e considerações 177
6.3.2. Objetividade jurídica 178
6.3.3. Objeto material 178
6.3.4. Núcleo do tipo 178
6.3.5. Sujeito ativo 179
6.3.6. Sujeito passivo 180
6.3.7. Elemento subjetivo 180
6.3.8. Consumação 180
6.3.9. Tentativa 181
6.4. ROUBO IMPRÓPRIO 181
6.4.1. Previsão legal e considerações 181
6.4.2. Meios de execução 181
6.4.3. Momento do emprego dos meios de execução 182
6.4.4. Finalidade do meio de execução 182
6.4.5. Consumação 182

6.4.6. Tentativa....182
6.5. ROUBO CIRCUNSTANCIADO....183
6.5.1. Previsão legal e considerações....183
6.5.2. Natureza jurídica....183
6.5.3. Aplicabilidade....183
6.5.4. Emprego de arma....183
6.5.5. Concurso de duas ou mais pessoas....184
6.5.6. Se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância....184
6.5.7. Subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior....185
6.5.8. Restrição da liberdade da vítima....185
6.5.9. Subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego....186
6.5.10. Emprego de arma branca....186
6.5.11. Emprego de arma de fogo....187
6.5.12. Destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum....190
6.5.13. Emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido....191
6.6. ROUBO QUALIFICADO....192
6.6.1. Previsão legal e considerações....192
6.6.2. Aplicabilidade....192
6.6.3. Resultado agravador e violência à pessoa....192
6.6.4. Natureza do resultado agravador e crime qualificado pelo resultado....192
6.6.5. Roubo qualificado pela lesão corporal grave....193
6.6.6. Roubo qualificado pela morte....193
6.7. AÇÃO PENAL....195
7. EXTORSÃO....195
7.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....195
7.2. EXTORSÃO x ROUBO....196
7.3. BEM JURÍDICO TUTELADO....197
7.4. SUJEITO ATIVO....197
7.5. SUJEITO PASSIVO....197
7.6. NÚCLEO DO TIPO....197
7.7. ELEMENTO SUBJETIVO....197
7.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....198
7.9. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA (MAJORANTES)....198
7.9.1. Previsão legal....198
7.9.2. Pelo concurso de pessoas....198
7.9.3. Pelo emprego de arma....198
7.10. EXTORSÃO QUALIFICADA....199
7.10.1. Pela lesão corporal e pela morte....199
7.10.2. Pela restrição da liberdade da vítima....199
8. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO....200
8.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....201
8.2. BEM JURÍDICO TUTELADO....201
8.3. SUJEITO ATIVO....201
8.4. SUJEITO PASSIVO....201

8.5. NÚCLEO DO TIPO....202
8.6. ELEMENTO SUBJETIVO....202
8.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....202
8.8. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA....203
8.8.1. Previsão legal....203
8.8.2. Se o sequestro dura mais de 24h....203
8.8.3. Se o sequestrado é menor de 18 anos ou maior de 60 anos....203
8.8.4. Se o sequestro é comedido por bando ou quadrilha....204
8.8.5. Se o sequestro resulta lesão corporal grave (§2º) ou morte (§3º)....204
8.9. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA....204
9. EXTORSÃO INDIRETA....205
10. ESTELIONATO....205
10.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....205
10.2. CONCEITO DE ESTELIONATO....206
10.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA....206
10.4. OBJETO MATERIAL....206
10.5. NÚCLEO DO TIPO....207
10.5.1. Fraude....207
10.5.2. Vantagem ilícita....208
10.5.3. Prejuízo alheio....208
10.6. "ESTELIONATO JUDICIÁRIO"....208
10.7. ESTELIONATO EM CONCURSO COM USO DE DOCUMENTO FALSO....209
10.8. ESTELIONATO x APROPRIAÇÃO INDÉBITA....209
10.9. SUJEITO ATIVO....210
10.10. SUJEITO PASSIVO....210
10.11. ELEMENTO SUBJETIVO....210
10.12. CONSUMAÇÃO....210
10.13. TENTATIVA....211
10.14. CRIME IMPOSSÍVEL....211
10.15. ESTELIONATO PRIVILEGIADO....211
10.16. ESTELIONATO POR DISPOSIÇÃO DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA....212
10.16.1. Previsão legal....212
10.16.2. Sujeito ativo....212
10.16.3. Sujeito passivo....212
10.16.4. Núcleo do tipo....212
10.16.5. Objeto material....212
10.16.6. Consumação e tentativa....212
10.17. ESTELIONATO POR ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO FRAUDULENTA DE COISA PRÓPRIA....213
10.17.1. Previsão legal....213
10.17.2. Sujeito ativo....213
10.17.3. Sujeito passivo....213
10.17.4. Núcleo do tipo....213
10.17.5. Objeto material....214
10.17.6. Consumação....214
10.18. ESTELIONATO POR DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR....214
10.18.1. Previsão legal....214
10.18.2. Sujeito ativo....214

10.18.3. Sujeito passivo 214
10.18.4. Núcleo do tipo 214
10.18.5. Objeto material 214
10.18.6. Consumação 215
10.19. ESTELIONATO POR FRAUDE DE ENTREGA DA COISA 215
10.19.1. Previsão legal 215
10.19.2. Sujeito ativo 215
10.19.3. Sujeito passivo 215
10.19.4. Núcleo do tipo 216
10.19.5. Objeto material 216
10.19.6. Consumação e tentativa 216
10.20. ESTELIONATO POR RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO OU VALOR DE SEGURO 216
10.20.1. Previsão legal 216
10.20.2. Sujeito ativo 216
10.20.3. Sujeito passivo 216
10.20.4. Objeto material 216
10.20.5. Consumação 217
10.21. ESTELIONATO POR FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE 217
10.21.1. Previsão legal 217
10.21.2. Sujeito ativo 217
10.21.3. Sujeito passivo 217
10.21.4. Núcleo do tipo 217
10.21.5. Tipo subjetivo 218
10.21.6. Consumação 218
10.22. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO 219
10.23. ESTELIONATO CONTRA IDOSO 220
10.23.1. Idoso 220
10.23.2. Natureza jurídica 220
10.23.3. Aplicabilidade 221
10.24. AÇÃO PENAL 221
11. RECEPTAÇÃO 222
11.1. PREVISÃO LEGAL 222
11.2. TOPOGRAFIA 223
11.3. PONTOS COMUNS A TODAS AS ESPÉCIES DE RECEPTAÇÃO 223
11.3.1. Objetividade jurídica 223
11.3.2. Ação penal 224
11.4. RECEPTAÇÃO PRÓPRIA 224
11.4.1. Previsão legal e considerações 224
11.4.2. Autonomia da receptação 224
11.4.3. Natureza jurídica: receptação e crime antecedente 224
11.4.4. Punibilidade 225
11.4.5. Receptação da receptação 225
11.4.6. Receptação e extinção da punibilidade do crime anterior 225
11.4.7. Objeto material 225
11.4.8. Núcleos do tipo 226
11.4.9. Sujeito ativo 227
11.4.10. Sujeito passivo 227
11.4.11. Elemento subjetivo 227

11.4.12. Consumação e tentativa 227
11.5. RECEPTAÇÃO IMPRÓPRIA 228
11.5.1. Previsão legal e consideração 228
11.5.2. Núcleo do tipo 228
11.5.3. Consumação e tentativa 228
11.6. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL OU INDUSTRIAL 228
11.6.1. Previsão legal e considerações 228
11.6.2. Núcleos do tipo 229
11.6.3. Sujeito ativo 229
11.6.4. Elemento subjetivo 229
11.7. RECEPTAÇÃO PRIVILEGIADA 230
11.7.1. Previsão legal e considerações 230
11.7.2. Requisitos 230
11.7.3. Efeitos do privilégio 230
11.7.4. Aplicabilidade 230
11.8. RECEPTAÇÃO CULPOSA 230
11.8.1. Previsão legal e considerações 230
11.8.2. Tipo penal fechado 231
11.8.3. Dolo eventual e receptação culposa 231
11.8.4. Núcleos do tipo 231
11.8.5. Hipóteses 231
11.8.6. Perdão judicial 231
12. RECEPTAÇÃO DE ANIMAIS 232
12.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 232
12.2. NÚCLEO DO TIPO 232
12.3. ELEMENTO SUBJETIVO 232
13. DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO 232
13.1. IMUNIDADES PATRIMONIAIS ABSOLUTAS - ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS 232
13.1.1. Previsão legal e considerações 232
13.1.2. Crime cometido contra cônjuge 233
13.1.3. Crime cometido contra ascendente ou descendente 233
13.2. IMUNIDADES PATRIMONIAIS RELATIVAS - ESCUSAS RELATIVAS 233
13.2.1. Previsão legal 233
13.2.2. Crime cometido contra cônjuge separado judicialmente 233
13.2.3. Crime cometido contra irmão 234
13.2.4. Crime cometido contra tio ou sobrinho com quem o agente coabita 234
13.3. INAPLICABILIDADE 234
13.4. LEI MARIA DA PENHA 234
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL 236
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 236
2. ESTUPRO 236
2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 236
2.2. ESPÉCIES DE ESTUPRO 237
2.3. ESTUPRO E LEI DOS CRIMES HEDIONDOS 237
2.4. OBJETIVIDADE JURÍDICA 237
2.5. OBJETO MATERIAL 237
2.6. NÚCLEO DO TIPO 237

2.7. SUJEITO ATIVO 239
2.8. SUJEITO PASSIVO 240
2.9. ELEMENTO SUBJETIVO 240
2.10. CONSUMAÇÃO 241
2.11. TENTATIVA....241
2.12. ESTUPRO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE 241
2.13. ESTUPRO QUALIFICADO PELA MORTE....241
3. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE 242
3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....242
3.2. SUJEITO ATIVO 242
3.3. SUJEITO PASSIVO 242
3.4. NÚCLEO DO TIPO....242
3.5. ELEMENTO SUBJETIVO 243
3.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....243
4. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL....243
4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....244
4.2. SUJEITOS DO CRIME....244
4.3. NÚCLEO DO TIPO....244
4.4. TIPO SUBJETIVO 246
4.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....246
4.6. REVOGAÇÃO DO ART. 61 DA LEI DE CONTRAVENÇÃO PENAL....246
5. ASSÉDIO SEXUAL....247
5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....247
5.2. CONCEITO DE ASSÉDIO SEXUAL....247
5.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA....247
5.4. SUJEITOS DO CRIME....248
5.5. CAUSAS DE AUMENTO 248
5.6. NÚCLEO DO TIPO....249
5.7. ELEMENTO SUBJETIVO 249
5.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....249
6. EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL 249
6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....249
6.2. CONCEITO....249
6.3. BEM JURÍDICO....250
6.4. SUJEITOS 250
6.5. ELEMENTO SUBJETIVO 250
6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....250
6.7. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE 251
6.8. FIGURA EQUIPARADA 251
6.8.1. Previsão legal e considerações 251
6.8.2. Sujeitos....251
6.8.3. Elemento subjetivo....251
6.8.4. Consumação 251
6.9. ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA 252
7. ESTUPRO DE VULNERÁVEL 252
7.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....252
7.2. LEX MITIOR E LEX GRAVIOR....253
7.3. SUJEITO ATIVO 253

7.4. SUJEITO PASSIVO 254
7.5. TIPO OBJETIVO 255
7.6. TIPO SUBJETIVO 255
7.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....255
8. LENOCÍNIO CONTRA VULNERÁVEL 255
8.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....255
8.2. SUJEITO ATIVO 256
8.3. SUJEITO PASSIVO 256
8.4. NÚCLEO DO TIPO....256
8.5. ELEMENTO SUBJETIVO 257
8.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....257
9. SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE 257
9.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....257
9.2. SUJEITO DO CRIME 257
9.3. NÚCLEO DO TIPO....258
9.4. ELEMENTO SUBJETIVO 258
9.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....258
10. DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, E DE SEXO OU PORNOGRAFIA 259
10.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....259
10.2. SUJEITOS 259
10.3. NÚCLEO DO TIPO....260
10.4. ELEMENTO SUBJETIVO 261
10.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....261
10.6. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA 261
10.7. EXCLUSÃO DA ILICITUDE 262
11. AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS 262
12. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA 265
13. SEGREDO DE JUSTIÇA 266
14. JURISPRUDÊNCIA EM TESE: DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL 266
CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA....274
1. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA 274
1.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....274
1.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO....274
1.3. SUJEITOS 274
1.4. ELEMENTO SUBJETIVO 275
1.5. NÚCLEO DO TIPO....275
1.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....275
1.7. MAJORANTE 276
2. CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA 277
2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....277
2.2. NÚCLEO DO TIPO....277
2.2.1. “Organização paramilitar” 277
2.2.2. “Grupo” 277
2.2.3. “Milícia privada”....278
2.2.4. “Esquadrão” 278
2.3. FINALIDADE: COMETIMENTO DE CRIMES DO CP 278
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL 280
1. DIVISÃO DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 280

2. *INTRANEUS* E *EXTRANEUS* 280
3. VITIMIZAÇÃO DIFUSA 280
DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL 281
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 281
2. SUJEITO ATIVO 281
3. ESPÉCIES DE CRIMES FUNCIONAIS 281
4. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS 282
4.1. FUNCIONÁRIO PÚBLICO TÍPICO OU PROPRIAMENTE DITO 282
4.2. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ATÍPICO OU POR EQUIPARAÇÃO 283
4.3. MAJORANTE DE PENA 283
5. PECULATO 284
5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 284
5.2. NOMENCLATURA 285
5.3. ESPÉCIES DE PECULATO 285
5.4. OBJETIVIDADE JURÍDICA 285
5.5. OBJETO MATERIAL 286
5.6. PECULATO E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 286
5.7. PECULATO DOLOSO 286
5.7.1. Peculato próprio 286
5.7.2. Peculato furto ou peculato impróprio 287
5.7.3. Sujeito ativo 288
5.7.4. Sujeito passivo 288
5.7.5. Elemento subjetivo 288
5.7.6. Consumação 289
5.7.7. Peculato doloso e reparação do dano 289
5.7.8. Tentativa 289
5.7.9. Ação penal 289
5.8. PECULATO CULPOSO 289
5.8.1. Previsão legal e considerações 289
5.8.2. Conceito 290
5.8.3. Requisitos 290
5.8.4. Consumação e tentativa 290
5.8.5. Reparação do dano no peculato culposo 290
5.9. PECULATO-ESTELIONATO OU PECULATO MEDIANTE ERRO DE ALGUÉM 291
5.9.1. Previsão legal e considerações 291
5.9.2. Sujeitos do crime 291
5.9.3. Núcleo do tipo 291
5.9.4. Elemento subjetivo 291
5.9.5. Consumação e tentativa 291
5.10. PECULATO ELETRÔNICO 292
6. CONCUSSÃO 293
6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 293
6.2. SUJEITO ATIVO 293
6.3. SUJEITO PASSIVO 295
6.4. NÚCLEO DO TIPO 295
6.5. ELEMENTO SUBJETIVO 296
6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 296
7. CORRUPÇÃO PASSIVA 296

7.1. PREVISÃO LEGAL 296
7.2. CONCEITO....296
7.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA....297
7.4. OBJETO MATERIAL....297
7.5. CORRUPÇÃO PASSIVA E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 297
7.6. ESPÉCIES DE CORRUPÇÃO PASSIVA....297
7.6.1. Própria e imprópria 297
7.6.2. Antecedente e subsequente....297
7.7. NÚCLEO DO TIPO....297
7.8. CONSUMAÇÃO 298
7.9. CAUSA DE AUMENTO DE PENA....298
7.10. CORRUPÇÃO PASSIVA PRIVILEGIADA....299
8. CORRUPÇÃO ATIVA....300
8.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....300
8.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA....300
8.3. OBJETO MATERIAL....300
8.4. NÚCLEO DO TIPO....300
8.5. INCOMPATIBILIDADE DO CRIME DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO ATIVA....301
8.6. SUJEITO ATIVO 301
8.7. SUJEITO PASSIVO 301
8.8. ELEMENTO SUBJETIVO 301
8.9. CONSUMAÇÃO 301
8.10. TENTATIVA....301
8.11. CAUSA DE AUMENTO DE PENA....301
8.12. AÇÃO PENAL....302
CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL....303
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS....303
2. DESCAMINHO 303
2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....303
2.2. NÚCLEO DO TIPO....304
2.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA....304
2.4. SUJEITO ATIVO 304
2.5. SUJEITO PASSIVO 305
2.6. ELEMENTO SUBJETIVO 305
2.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....305
2.8. EMPREGO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA OU MATERIAL 305
2.9. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 306
2.10. FIGURAS EQUIPARADAS 306
2.10.1. I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei....306
2.10.2. II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho....306
2.10.3. III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem 307
2.10.4. IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. 307

2.11. CAUSA DE AUMENTO 307
3. CONTRABANDO 307
3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 307
3.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA 308
3.3. NÚCLEO DO TIPO 308
3.4. SUJEITOS 308
3.5. ELEMENTO SUBJETIVO 309
3.6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 309
3.7. FIGURAS EQUIPARADAS 309
3.7.1. I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; 309
3.7.2. II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; 309
3.7.3. III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; 310
3.7.4. IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; 310
3.7.5. V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. 311
3.8. CAUSA DE AUMENTO 311
3.9. CONTRABANDO x DESCAMINHO 311
3.10. FALHA LEGISLATIVA 312
4. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA 312
4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 312
4.2. NÚCLEO DO TIPO 313
4.3. APROPRIAÇÃO INDÉBITA x APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA 313
4.4. SUJEITOS 314
4.5. ELEMENTO SUBJETIVO 314
4.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA 314
4.7. FORMAS EQUIPARADAS 315
4.8. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 316
4.9. PERDÃO JUDICIAL 317
5. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO 318
5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 318
5.2. NATUREZA DO CRIME DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL 318
6. FALSIDADE DE DOCUMENTOS DESTINADOS À PREVIDÊNCIA 319
6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 319
6.2. ESPÉCIES DE FALSIDADE 320
6.3. FALSIDADE IDEOLÓGICA EM CONCURSO COM CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA 320
7. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA 320
7.1. PREVISÃO LEGAL 320
7.2. CONSUMAÇÃO 321
7.3. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA 321
7.4. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 321
7.5. PERDÃO JUDICIAL 321
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA 323
1. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA 323
1.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES 323
1.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA 324

1.3. SUJEITO ATIVO 324
1.4. SUJEITO PASSIVO 325
1.5. NÚCLEO DO TIPO....325
1.6. ELEMENTO SUBJETIVO 331
1.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....331
1.8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA....332
1.9. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA 332
2. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU DE CONTRAVENÇÃO PENAL 332
2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....332
2.2. SUJEITO ATIVO 333
2.3. SUJEITO PASSIVO 333
2.4. NÚCLEO DO TIPO....333
2.5. ELEMENTO SUBJETIVO 333
2.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....334
3. AUTOACUSAÇÃO FALSA....334
3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....334
3.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA....334
3.3. SUJEITO ATIVO 334
3.4. SUJEITO PASSIVO 334
3.5. NÚCLEO DO TIPO....335
3.6. ELEMENTO SUBJETIVO 335
3.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....335
4. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA....335
4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES....335
4.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA....336
4.3. SUJEITO ATIVO 336
4.4. SUJEITO PASSIVO 336
4.5. NÚCLEO DO TIPO....336
4.6. ELEMENTO SUBJETIVO 337
4.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA....337
4.8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA....337
4.9. RETRATAÇÃO....338

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. A grande maioria dos concurseiros possui o hábito de trocar o material de estudo constantemente, principalmente, em razão da variedade que se tem hoje, cada dia surge algo novo. Porém, o ideal é você utilizar sempre a mesma fonte, fazendo a complementação necessária, eis que quanto mais contato temos com determinada fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que se torna primordial na hora da prova.

O Caderno Sistematizado de Direito Penal Parte Especial possui como base as aulas do Prof. Cleber Masson (G7) e do Prof. Rogério Sanches, com o intuito de deixar o material mais completo, utilizados as seguintes fontes complementares: a) Código Penal para Concursos, 2018, (Rogério Sanches); b) Manual de Direito Penal – Parte Especial, 2020, (Rogério Sanches).

Salienta-se que o Caderno **aborda os principais crimes da Parte Especial do Código Penal**, mas não trata de todos.

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da semana para ler no site do Dizer o Direito.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.

INTRODUÇÃO À PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

1. A DIVISÃO DO CÓDIGO PENAL EM PARTES

O Código Penal está dividido em parte geral e parte especial.

Na parte geral encontram-se as regras de Direito Penal, aplicáveis a todos os crimes previstos na parte especial e também àqueles previstos na legislação extravagante, nos casos em que não haja disposição em sentido contrário .

Na parte especial encontra-se todos os crimes em espécies (art. 121 a art. 359-H), a exemplo do homicídio, do furto, do estupro etc.

2. PRECEDÊNCIA HISTÓRICA DA PARTE ESPECIAL

Os crimes em espécie, a exemplo do lesa-majestade (primeiro crime) e do homicídio, surgiram antes das regras gerais que disciplinavam sua aplicação.

3. IMPORTÂNCIA PRÁTICA DA PARTE ESPECIAL

A parte especial desempenha uma função de garantia, bem como concretiza o princípio da reserva legal.

4. TÍTULO DO CRIME

Também chamado de *nomen iuris*, trata-se do nome dado pelo legislador a cada delito, veiculado pela “rubrica marginal”.

Por exemplo, o título do crime do art. 155 do CP é furto.

5. APRESENTAÇÃO DA PARTE ESPECIAL

O legislador utiliza duas balizas para a construção da parte especial, quais sejam:

- Técnica de construção legislativa – os tipos penais possuem uma forma;
- Exigência cientifica – a fim de sistematizar e facilitar o estudo da matéria

A parte especial está dividida em onze títulos: crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio, crimes contra a propriedade imaterial, crimes contra a organização do trabalho, crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, crimes contra a dignidade sexual,

crimes contra a família, crimes contra a incolumidade pública, crimes contra a paz pública, crimes contra a fé pública, crimes contra a administração pública.

O legislador brasileiro seguiu o critério idealizado por Arturo Rocco, para quem o ser humano é o centro do qual irradiam todos os direitos. Por isso, a parte especial começa tratando dos crimes contra a pessoa e acaba com os crimes contra a administração pública.

Ressalta-se que os crimes estão classificados na parte especial do Código Penal conforme o bem jurídico tutelado pela lei penal.

Obs.: Alguns crimes ofendem dois ou mais bens jurídicos (crimes pluriofensivos), sua localização será definida de acordo com o interesse predominante. Cita-se, como exemplo, o crime de latrocínio que ofende a vida e o patrimônio (interesse predominante).

CRIMES CONTRA A VIDA

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Os crimes contra a vida possuem fundamento constitucional (art. 5º, *caput*). Na realidade, todo e qualquer crime deve ter um fundamento constitucional, é a denominada Teoria Constitucional do Direito Penal.

A criação de um crime, a cominação de uma pena só é legítima quando se tutela um valor consagrado na Constituição Federal, é a Carta Maior que indica quais os bens jurídicos são merecedores de tutela penal.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Salienta-se que o direito à vida é considerado um direito supraestatal, ou seja, é inerente a toda e qualquer pessoa, bem como reconhecido por todas as nações.

O direito à vida é um direito fundamental em duplo sentido:

- Formal – possui forma de norma constitucional (art. 5º, caput, da CF)
- Material – trata de matéria com natureza constitucional

Assim como os demais direitos fundamentais, é um direito relativo. Significa que havendo colisão entre o direito à vida com outro direito fundamental poderá ser cedido. Cita-se, como exemplo, a legítima defesa.

2. ESPÉCIES

Há quatro espécies de crime contra a vida, quais sejam:

1) Homicídio
2) Participação em suicídio alheio ou automutilação (por meio de induzimento, instigação ou auxílio)
3) Infanticídio
4) Aborto

3. COMPETÊNCIA

São crimes de competência do Tribunal do Júri, salvo no caso de homicídio culposo.

4. AÇÃO PENAL

Todos os crimes contra a vida são de ação penal pública incondicionada.

5. HOMICÍDIO

5.1. CONCEITO

Homicídio é a eliminação da vida humana extrauterina, praticada por outra pessoa.

Segundo Nelson Hungria, "*é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia (montanha) dos crimes. O homicídio é o crime por excelência*".

Importante destacar que:

- Tratando-se de vida humana intrauterina haverá o crime de aborto;
- Caso presente determinadas elementares, a eliminação da vida humana extrauterina, poderá ser um infanticídio;
- O homicídio, necessariamente, precisa ser praticado por outra pessoa.
- Animais podem ser utilizados como instrumentos para a prática do homicídio, desde que controlados por um ser humano.

5.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Protege-se a vida humana, a qual se inicia no nascimento com vida. Não importa a viabilidade da vida humana, basta que haja vida biológica. Obviamente, diferente do que ocorria no passado, mesmo o ser humano com características "monstruosas" (*monstrum vel prodigium*, para o Direito Romano), é merecedor de tutela penal.

Ressalta-se que o STJ entende que iniciado o trabalho de parto, não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente.

Nesse sentido:

> *STJ - Iniciado o trabalho de parto, não há falar mais em aborto, mas em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, pois não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente. STJ. 5ª Turma. HC 228998-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2012.*

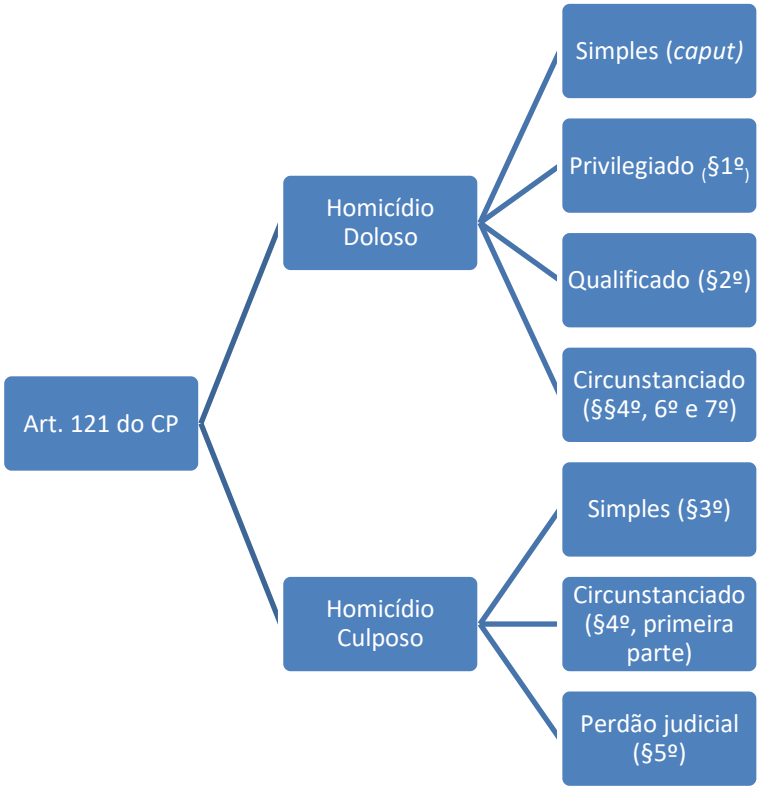
Segundo Rogério Greco, *"(...) iniciado o parto (normal ou cesárea), comprovada a vitaliciedade do nascente, ou seja, aquele que está nascendo, ou do neonato, isto é, o que acabou*

de nascer, já podemos pensar, em termos de crimes contra a vida, no delito de homicídio, ou, caso tenha sido praticado pela gestante, sob influência do estado puerperal, no crime de infanticídio."

Haverá crime impossível quando o homicídio for cometido contra pessoa já morta, por absoluta impropriedade do objeto material do crime.

5.3. ESTRUTURA DO TIPO PENAL

Para melhor fixação, observe o esquema:



5.4. HOMICÍDIO SIMPLES

Encontra-se previsto no art. 121, *caput*, do CP:

> *Art. 121. Matar alguém:*
> *Pena - reclusão, de seis a vinte anos.*

É o menor tipo penal existente, formando pelo núcleo (matar) e pela elementar objetiva (alguém).

Trata-se de um crime de elevado potencial ofensivo, não admite aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95.

Obs.: os crimes, em geral, estão divididos em quatro grupos. Observe a tabela abaixo:

Infrações de menor potencial ofensivo	Infrações de médio potencial ofensivo	Infrações de elevado potencial ofensivo	Infrações de alto potencial ofensivo
Contravenções e crimes com pena máxima de até dois anos.	Pena mínima de até um ano, independente da pena máxima.	Pena mínima superior a 1 ano e pena máxima superior a 2 anos.	A CF reclama tratamento diferenciado, mais severo para o crime de racismo, hediondos e equiparados e para ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e a ordem democrática.
Cabem todos os benefícios da Lei 9.099/1995	Cabe suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95)	Não cabe nenhum dos benefícios da Lei 9.099/95	

Salienta-se que há críticas em relação à pena mínima, pois muitos consideram branda demais, diante do desvalor do resultado.

5.4.1. Homicídio simples e lei dos crimes hediondos

O homicídio simples, em regra, não é um crime hediondo.

Será considerado hediondo quando for praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só agente, nos termos do art. 1º, I da Lei de Crimes Hediondos.

> *Art. 1° São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:*
> *I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e ~~VIII~~); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

O grupo de extermínio não precisa existir, basta que o homicídio seja realizado em uma atividade típica. Por exemplo, um único agente resolve matar dez moradores de rua, que estavam dormindo, a tiros. Perceba que agiu sozinho, mas sua atividade foi típica de um grupo de extermínio.

Na prática, a atividade típica de grupo de extermínio faz com que exista alguma qualificadora. No exemplo acima, ao atirar nos moradores que estavam dormindo, incidirá a qualificadora que dificulta ou torna impossível a defesa das vítimas.

Por fim, salienta-se que o Pacote Anticrime alterou a redação do art. 1º, I da Lei de Crimes Hediondos, incluindo o inciso VIII que qualificava o homicídio pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito, foi vetado pelo Presidente da República, mas não houve sua supressão.

5.4.2. Núcleo do tipo

O núcleo do tipo é matar, ou seja, eliminar a vida alheia. Trata-se de um **crime de forma livre**, pois a conduta de matar admite qualquer forma de execução.

Normalmente, o agente mata a vítima por ação (tiro, facada, envenenamento, atropelamento). Contudo, é perfeitamente possível matar por omissão, nos casos de omissão penalmente relevante (art. 13, §2º, do CP).

Além disso, o homicídio pode ser praticado de forma:

a) Direta - o meio de execução é manuseado diretamente pelo agente. Por exemplo, o agente atira, esfaqueia, atropela, envenena;

b) Indireta - o meio de execução é indiretamente manipulado pelo agente. Por exemplo, o ataque de um cão treinado.

Salienta-se que, a depender do caso concreto, o meio de execução pode caracterizar uma qualificadora, a exemplo do emprego de veneno, de fogo, de asfixia etc.

Indaga-se: ***a transmissão dolosa do vírus HIV pode ser considerada um meio de execução do crime de homicídio***? O vírus HIV é transmitido por meio da relação sexual, bem como através do contato com sangue contaminado.

1ªC - A conduta do agente que, sabendo que está contaminado, transmite a doença de forma intencional (seja por meio da relação sexual ou por meio de sangue contaminado) não é considerada homicídio, podendo ser uma lesão corporal gravíssima ou perigo de contágio venéreo. Este é o entendimento do STF (Info 603) e do STJ.

> *STJ: Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá será apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2.º inciso II do Código Penal. STJ. 5ª Turma. HC 160.982/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/05/2012*

2ªC: Cleber Masson e parcela da doutrina discorda do posicionamento do STF, entendendo que caracteriza homicídio, mesmo que o tempo para a consumação (a morte) seja longo. Isso porque o vírus HIV é capaz de matar, sua transmissão dolosa será um homicídio tentado ou consumado, com dolo direto ou eventual.

3ªC: Para Rogério Sanches, se a vontade do agente era a transmissão da doença de natureza fatal, haverá tentativa de homicídio (ou homicídio consumado, caso seja provocada morte como desdobramento da doença). Se não quis e nem assumiu o risco (usando preservativos), mas acaba transmitindo o vírus, deve responder por lesão corporal culposa (ou homicídio culposa, no caso de morte decorrente de doença.

.

5.4.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum ou geral, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Além disso, admite coautoria e participação.

Indaga-se: ***e se o crime for praticado por xifópagos***? Os xifópagos são irmãos que nasceram unidos. O penalista Euclides da Silveira (ex integrante do TJ/SP) criou a situação em que um crime seria praticado por irmãos xifópagos. Suscitou três hipóteses:

1ª Hipótese – os dois irmãos, em comum acordo, desejam praticar o crime de homicídio, ambos praticam atos de execução (atiram na vítima). Neste caso, são coautores do crime de homicídio, haverá concurso de pessoas.

2ª Hipótese – os dois irmãos, em comum acordo, desejam matar a vítima. Um atira e o outro presta auxílio moral. Aqui, o irmão que atirou será autor e o outro partícipe.

3ª Hipótese – um irmão decide matar a vítima, contrariando a vontade do outro. Neste caso:

- Sendo possível a separação, o que atirou será condenado e cumprirá pena. O outro, será absolvido;
- Não sendo possível separá-los, ambos serão absolvidos, tendo em vista que no conflito de interesses entre o interesse de punir do Estado e a liberdade do irmão inocente, esta prevalece.

  Obs.: Flávio Monteiro de Barros entende que o irmão criminoso deve ser condenado, mas só vai cumprir pena quando o irmão inocente praticar crime sujeito à pena de prisão.

5.4.4. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa que tenha nascido com vida e que esteja com vida.

Portanto, o homicídio é um crime bicomum, ou seja, comum quanto ao sujeito ativo e quanto ao sujeito passivo.

Indaga-se: ***e se o crime for praticado contra xifópagos***? Será considerado um duplo homicídio.

- Se com uma única conduta matar os dois, haverá duplo homicídio em concurso formal imperfeito
- Se houver duas condutas, será um duplo homicídio em concurso material

A tipificação do homicídio será deslocada para a Lei de Segurança Nacional, não será competência do Tribunal do Júri, nos termos do art. 29, quando o crime for praticado por motivação política contra:

- Presidente da República;
- Presidente da Câmara de Deputados
- Presidente do Senado
- Presidente do STF

> *Art. 29 - Matar qualquer das autoridades referidas no art. 26.*
> *Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.*
>
> *Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.*

Salienta-se que conduta de matar uma pessoa ou várias pessoas também pode configurar o crime de genocídio, caracterizado pela intenção de destruir em todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Por exemplo, em uma tribo formada por dois índios e trinta índias, mata os homens, no futuro haverá a sua extinção.

O genocídio não é crime contra a vida, mas sim um crime contra a diversidade humana. Assim, mesmo na conduta dolosa de matar, a competência será do juiz singular (estadual ou federal) e não do Tribunal do Júri.

Há um caso, no STF, em que o genocídio foi julgado pelo Tribunal do Júri Federal, pois os réus mataram um policial federal antes de executarem os índios. Assim, em razão da conexão (pelo homicídio do policial federal), o genocídio foi julgado pelo Júri.

5.4.5. Elemento subjetivo

É o dolo direto ou eventual, também chamado de *animus necandi* ou *animus occidendi*, ou seja, intenção homicida.

Não se exige nenhuma finalidade específica. Contudo, quando houver finalidade específica poderá caracterizar uma qualificadora ou uma privilegiadora (causa de diminuição da pena), a depender do caso concreto. Por exemplo, a filha que mata o pai para ficar com a herança (motivo torpe); o pai que mata o estuprador da filha (privilégio).

Quando o homicídio for praticado em estado de embriaguez, por exemplo, na direção de um veículo automotor, a depender das peculiaridades do caso concreto, poderá ser dolo eventual ou culpa consciente.

5.4.6. Consumação

Consuma-se com a morte encefálica, nos termos do art. 3º da Lei 9.434/1997.

> *Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.*

O homicídio é um crime que deixa vestígios materiais, portanto, sua prova deve ser feita por meio de exame necroscópico, que provará a morte e sua causa (asfixia, disparo de arma de fogo, envenenamento etc.).

Destaca-se que o homicídio é um crime instantâneo, bem como um crime material (depende do resultado naturalístico). Entretanto, há quem defenda que se trata de um crime instantâneo de efeitos permanentes, tendo em vista que se consuma no momento da morte da vítima, mas seus efeitos subsistem no tempo, independentemente da vontade do agente (filhos que ficam órfãos, esposa que fica viúva etc.).

5.4.7. Tentativa

Trata-se de crime plurissubsistente, em que a conduta é composta de dois ou mais atos que se unem para que haja a consumação. Portanto, perfeitamente possível a tentativa.

Lembrar:

- Tentativa cruenta/vermelha – a vítima é atingida;
- Tentativa incruenta/branca – a vítima não é atingida.

5.5. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

5.5.1. Previsão legal

O homicídio privilegiado encontra-se previsto no §1º do art. 121 do CP. Vejamos:

> *Art. 121, § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*

Perceba que há três hipóteses de privilégio, quais sejam:

1) Motivo de relevante valor social
2) Motivo de relevante valor moral
3) Domínio de violenta emoção, logo em seguida a provocação da vítima.

5.5.2. Natureza jurídica

Privilégio, no Direito Penal, é o contrário de uma qualificadora (aumento dos limites das penas mínimas e máximas), uma vez que diminui, em abstrato, as penas mínimas e máximas. Com

isso, note que, em verdade, o §1º do art. 121 do CP não é um privilégio, pois não há a diminuição em abstrato dos patamares mínimos e máximos.

Desta forma, o homicídio privilegiado nada mais é do que uma mera causa de diminuição de pena, que irá incidir na terceira fase de aplicação da pena.

A nomenclatura "homicídio privilegiado" foi criada pela doutrina e encampada pela jurisprudência.

5.5.3. Diminuição da pena

De acordo com o §1º do art. 121 do CP, o juiz PODE diminuir a pena de um sexto a um terço.

Indaga-se: ***a expressão "pode" significa uma faculdade do juiz ou trata-se de um poder-dever***? Caracterizado o privilegio o juiz deve diminuir a pena. Portanto, trata-se de uma obrigação, possuindo discricionariedade para escolher o quantum de diminuição. Isso ocorre porque o crime de homicídio é de competência do Tribunal do Júri, um dos quesitos perguntados aos jurados será sobre o reconhecimento de alguma causa de diminuição de pena alegada pela defesa (art. 483, §3º, V do CPP – ex: homicídio privilegiado). Assim, reconhecido o privilégio pelos jurados o juiz é obrigado a diminuir a pena, optando pelo *quantum* de diminuição.

5.5.4. Incomunicabilidade do privilégio

O privilégio não se comunica no concurso de pessoas. Ou seja, quando o crime é praticado em concurso de pessoas, o privilégio de um dos agentes não se estende, automaticamente, a outro agente, tendo em vista que se trata de uma circunstância de natureza pessoal ou subjetiva (art. 30 do CP).

> *Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

Por exemplo, o pai que contrata um matador de aluguel para matar, em tese, a pessoa que estuprou a sua filha. O relevante valor moral (hipótese de homicídio privilegiado) é apenas do pai, não se comunica ao atirador que, inclusive, responderá por homicídio qualificado (mediante paga).

5.5.5. Homicídio privilegiado e lei de crimes hediondos

O homicídio privilegiado (art. 121, §1º do CP) não é crime hediondo por falta de previsão legal.

5.5.6. Hipóteses de privilégio

Há três hipóteses em que o homicídio será considerado privilegiado, devendo o juiz diminuir a pena quando caracterizadas.

a) Motivo de relevante valor social

Trata-se de interesse da coletividade.

Cita-se, como exemplo, o homicídio de um suposto criminoso que está aterrorizando uma pacata cidade do interior. Há, ainda, o homicídio de um traidor da prática.

b) Motivo de relevante valor moral

Trata-se de um interesse do agente individualmente considerado. Além disso, é um motivo aprovado pela moralidade média, tendo em vista que é considerado nobre ou altruísta.

Por exemplo, matar o estuprador da filha e a eutanásia.

Destaca-se que eutanásia, em sentido amplo, pressupõe um doente em estado terminal, sem previsão concreta de cura e um grave sofrimento. Diante disso, uma pessoa, geralmente próxima, antecipa a morte do doente, a fim de livrá-lo do sofrimento que considera ser desnecessário. No Brasil, a eutanásia caracteriza homicídio privilegiado, devido ao seu relevante valor moral.

Obs.: a eutanásia pressupõe o consentimento da pessoa doente ou de um parente/cônjuge. Contudo, mesmo com o consentimento, não há exclusão do crime, uma vez que a vida humana é um bem jurídico indisponível.

Importante, ainda, distinguir as espécies de eutanásia.

ESPÉCIES DE EUTANÁSIA	
EUTANÁSIA EM SENTIDO ESTRITO, HOMICÍDIO PIEDOSO, COMPASSIVO, MÉDICO, CARITATIVO, CONSENSUAL	Trata-se de modo comisso de abreviar a morte do doente em estado terminal, com grave sofrimento, sem possibilidade de cura. Pressupõe uma ação. Por exemplo, é o que ocorre no filme “Menina de Ouro”.
ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA POR OMISSÃO, MORAL OU TERAPÊUTICA	Caracteriza-se por uma omissão, em que se deixa de adotar providências capazes de prolongar a vida do doente. Obs.: O art. 41 do Código de Ética Médica prevê que o médio não pode abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal (proibição da eutanásia). Já no parágrafo único é previsto que o médico não precisa empreender ações diagnósticas ou terapêutica inúteis ou obstinadas. Contudo, não se trata de uma autorização para que seja praticada a ortotanásia, mas sim que o paciente não seja tratado como uma cobaia.
DISTANÁSIA OU OBSTINAÇÃO TERAPÊUTICA	Trata-se morte lenta, sofrida, prolongada pelos recursos da medicina. Não há crime.

MISTANÁSIA	É a morte precoce e miserável de alguém, provocada pelo descaso e pela maldade de alguns seres humanos. Pode ocorrer em três hipóteses: 1ª H – Doente que não recebe tratamento médico adequado pelo SUS, seja por motivos econômicos, sociais ou políticos. Pode caracterizar FATO ATÍPICO, análise do caso concreto. 2ª H – Doente é atendido pelo SUS, mas morre em razão de erro médico. HOMICÍDIO CULPOSO. 3ª H – Doente entra no SUS com real expectativa de vida, mas morre em razão da má-fé das pessoas que lhe prestam atendimento. HOMICÍDIO DOLOSO. Obs.: alguns autores chamam a mistanásia de eutanásia social. Cleber Masson considera equivocado.

c) Domínio de violenta emoção

Para ser caracterizado o homicídio privilegiado pelo domínio de violenta emoção é necessária a presença de três requisitos cumulativos. Vejamos:

- Domínio de violenta emoção – trata-se de uma emoção violenta, capaz de alterar o estado de ânimo do agente, ou seja, apta a mudar o seu comportamento.

  Salienta-se que violenta paixão não caracteriza privilégio, uma vez que o Código Penal não traz tal previsão. Além disso, a paixão possui um caráter duradouro, incompatível com a reação imediata.

- Injusta provocação da vítima – é aquela que o agente não está obrigado a suportar.

  Destaca-se que injusta provocação pode ser criminosa, mas não se exige que efetivamente seja. Ademais, pode ser dirigida contra o agente ou contra uma pessoa ligada ao agente por laços de parentesco ou de amizade ou, ainda, contra um animal.

  Tratando-se de agressão injusta estará caracteriza legítima defesa.

- Reação imediata – não há previsão expressa no CP sobre quanto tempo estaria caracterizada a reação imediata. Deve-se analisar o caso concreto, não se pode ter um hiato temporal dilatado entre a provocação injusta e a reação do agente, deve estar no mesmo contexto fático. Por isso, o agente que é provocado injustamente, mas vai em casa pegar uma arma e depois atira no provocador, não está acobertado pelo homicídio privilegiado.

Indaga-se: ***é possível caracterizar reação imediata quando o agente matou a vítima dias ou meses após a provocação***? Em regra, NÃO! Contudo, a reação imediata deve levar em conta não o momento da efetiva provocação, mas sim o momento em que o agente tomou conhecimento da provocação.

Obs.: Há no art. 65, III, "c" do CP uma atenuante genérica parecida com o homicídio privilegiado pelo domínio de violenta emoção. Para melhor compreensão, observe o quadro elaborado pelo Prof. Cleber Masson:

Privilégio - Art. 121, §1º do CP	Atenuante genérica - Art. 65, III, "c" do CP
Apenas para homicídio doloso	Qualquer crime, inclusive ao homicídio doloso
Domínio de violenta emoção	Influência de violenta emoção
Injusta provação da vítima	Ato injusto da vítima
Reação de imediatidade – logo em seguida	Em qualquer momento

Atenção! As bancas sempre costumam trocar, foi o que aconteceu na prova do MPE/CE (2020):

(CESPE) Constitui forma privilegiada desse crime o seu cometimento por agente impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob ~~**influência**~~ **DOMÍNIO de violenta emoção** provocada por ato injusto da vítima.

5.6. HOMICÍDIO QUALIFICADO

5.6.1. Previsão legal

O homicídio qualificado encontra-se previsto no §2º do art. 121 do CP, *in verbis*:

> *Homicídio qualificado*
> *§ 2° Se o homicídio é cometido:*
> *I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;*
> *II - por motivo fútil;*
> *III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;*
> *IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;*
> *V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:*
> *Pena - reclusão, de doze a trinta anos.*
> *Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)*
> *VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)*
> *VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)*
> *VIII - (VETADO): (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*Pena - reclusão, **de doze a trinta anos**.*

A redação original do §2º do art. 121 do CP previa apenas cinco qualificadoras. Em 2015, foram incluídas mais duas qualificados: feminicídio e o homicídio contra integrantes das forças armadas. O Pacote Anticrime havia incluído, mas uma qualificadora, mas foi vetada pelo Presidente da República.

5.6.2. Homicídio qualificado e lei de crimes hediondos

O homicídio qualificado, tentado ou consumado, é crime hediondo, qualquer que seja a qualificadora.

5.6.3. Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (Inciso I)

As qualificadoras do inciso I referem-se à motivação do agente. Portanto, possuem natureza pessoal ou subjetiva. Logo, não se comunicam no concurso de pessoas.

Perceba que o legislador, claramente, utilizou uma interpretação analógica ou *intra legem*. Ou seja, a lei trouxe uma fórmula casuística (paga ou promessa de recompensa) e encerra com uma fórmula genérica (outro motivo torpe), uma vez que é impossível prever todos os motivos torpes.

PAGA	PROMESSA DE RECOMPENSA
Trata-se de um homicídio mercenário ou homicídio por mandato remunerado. O motivo do crime é a cupidez, ou seja, a ambição desmedida do agente.	
O pagamento é prévio. O agente recebe a vantagem e, após, pratica o homicídio.	O pagamento é convencionado para o futuro. O agente irá praticar o homicídio para receber. Obs.: a qualificadora irá incidir mesmo que o homicídio não tenha sido praticado.

Salienta-se que, normalmente, o pagamento é convencionado em dinheiro, mas pode ser em bem ou vantagem de outra natureza (não precisa necessariamente ser de natureza econômica).

Além disso, o homicídio qualificado pela paga ou promessa de recompensa é um crime plurissubjetivo ou plurilateral ou de concurso necessário, tendo em vista que depende da presença de, pelo menos, duas pessoas:

Mandante – paga ou promete a recompensa

Executor – é a pessoa que mata. Também chamado de Sicário.

A qualificadora será aplicada apenas para o executor, eis que é o agente que mata em razão da paga ou da promessa de recompensa. Trata-se de uma circunstância de caráter pessoal e, portanto, incomunicável, por força do art. 30 do CP. Irá incidir para o mandante quando este tiver outro motivo torpe.

Obs.: A 6ªTurma do STJ, no AgInt no Resp 1.681.816/GO, entendeu que no homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado, comunicando-se ao mandante do delito.

Motivo torpe é o motivo vil, abjeto, repugnante, demostrando a depravação moral do agente. Por exemplo, matar o pai para ficar com a herança; matar um colega de trabalho para ficar com a vaga.

Indaga-se: ***a vingança é um motivo torpe***? A vingança, necessariamente, não é um motivo torpe. Para ser considerada torpe é necessário analisar as suas causas. Por exemplo, o traficante que é expulso do moro e, posteriormente, por vingança, mata a pessoa que lhe expulsou (será torpe). Por outro lado, o pai que mata, por vingança, o estuprador da sua filha não age de forma torpe (será homicídio privilegiado – relevante valor moral).

Indaga-se: ***o ciúme é um motivo torpe***? De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o ciúme não é um motivo torpe. Tradicionalmente, entendia-se que o ciúme era um ato de amor, por isso não poderia ser considerado vil, abjeto e repugnante. Contudo, modernamente, o entendimento tem mudado, pois caracteriza um ato de dominação, mas não é necessariamente torpe. O STJ entende que é uma discussão inútil, pois compete aos jurados considerarem sua torpeza.

5.6.4. Por motivo fútil (Inciso II)

Trata-se do motivo pequeno, insignificante, desproporcional ao crime praticado, gerando perplexidade.

Por exemplo, o cliente mata o dono do bar que serviu uma cerveja quente.

Indaga-se: ***a ausência de motivo pode ser equiparada ao motivo fútil***? Há duas correntes sobre o tema:

- 1ª C – Sim, a ausência de motivo é equiparada ao motivo fútil. Posição a ser adotada, principalmente, em provas orais do Ministério Público (a depender do posicionamento da Banca Examinadora).
- 2ª C – **Não**, a ausência de motivo não é considerada motivo fútil, tendo em vista que todo homicídio possui algum motivo, mesmo que seja desconhecido, mas não significa que seja fútil. Posição do STJ (HC 152.548).

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) DPE/MG: De acordo com entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, responde por homicídio simples aquele que pratica o delito sem motivo, não se admitindo a incidência da qualificadora do motivo fútil pelo simples fato de o delito ter sido praticado com ausência de motivos. Correto.

(2018) – TRF2: O motivo fútil consiste numa escala de desvalor que vai da desproporção entre o crime e a causa, passando pela insignificância, até a ausência de motivo. Errado!

Em relação ao ciúme, aplica-se o mesmo entendimento visto no motivo fútil.

Salienta-se que o motivo nunca poderá ser, simultaneamente, torpe e fútil, uma vez que são incompatíveis entre si.

5.6.5. Emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum (Inciso III)

Perceba que, mais uma vez, o Código Penal utilizou a interpretação analógica.

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) TJ/PR: o crime de homicídio admite interpretação analógica no que diz respeito à qualificadora que indica meios e modos de execução desse crime. Correto!

Aqui, trata-se de qualificadora de natureza objetiva, que diz respeito ao meio de execução do crime. Portanto, são comunicáveis, desde que sejam do conhecimento dos demais agentes.

Obs.: O STJ (Info 665) entendeu que não há incompatibilidade entre o dolo eventual e o reconhecimento do meio cruel, na medida em que o dolo do agente, direto ou indireto, não exclui a possibilidade de a prática delitiva envolver o emprego de meio mais reprovável, como veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel

Há três gêneros no inciso III:

a) Meio insidioso

Trata-se de meio fraudulento, ou seja, existe uma fraude para matar a vítima sem que ela perceba o que está acontecendo.

Cita-se, como exemplo, o corte do freio do carro da vítima.

b) Meio cruel

É o meio que causa à vítima um intenso e desnecessário sofrimento físico e mental, quando o homicídio poderia ter sido praticado de maneira mais rápido e menos dolorosa.

Por exemplo, vítima amarrada em uma cadeira que é torturada.

Destaca-se que a reiteração de golpes, por si só, não caracteriza meio cruel. Deve-se analisar o caso concreto.

Por fim, o meio cruel só será considerado uma qualificadora do homicídio quando for utilizado para matar a vítima. Assim, quando o meio cruel for utilizado após a morte da vítima não irá incidir a qualificadora (esquartejar a vítima para ocultar o corpo).

c) Meio que resulte perigo comum

Entende-se por perigo comum o risco à integridade física ou à vida de um número indeterminado de pessoas.

O STJ reconheceu o perigo comum, qualificando o homicídio, no caso de um indivíduo que dirigia o veículo a 165km/h, em uma avenida movimentada.

Destaca-se que não se exige a efetiva provocação do perigo comum, bastando a possibilidade de resultar perigo comum. Ficando demostrado o perigo comum, o agente irá responder pelo homicídio qualificado e pelo crime de perigo comum, não havendo *bis in idem*, pois são crimes que tutelam bens jurídicos diversos.

A seguir iremos analisar as qualificadores específicas do inciso III. São elas:

a) Veneno

Trata-se de substância de origem química (produzida em laboratório) ou biológica (extraída de um animal ou de uma planta) capaz de matar, quando introduzida ao organismo humano.

O homicídio praticado com o emprego de veneno é chamado de venefício.

Para determinar se a substância é veneno, deve-se analisar no caso concreto. Por exemplo, o açúcar é considerado um veneno para os diabéticos, mas não para uma pessoa sem diabetes.

Além disso, o veneno funciona como:

- Meio insidioso, quando empregado sem o conhecimento da vítima;
- Meio cruel, quando introduzido a força em uma vítima amarrada;
- Meio que resulte perigo comum, quando é colocado em uma caixa d'água.

Por fim, dependerá de prova pericial, chamada de exame toxicológico.

b) Fogo.

É o produto da combustão de substâncias inflamáveis, daí resultando luz e calor.

Pode caracterizar:

- Meio cruel – matar pessoa queimada.
- Meio que pode resultar perigo comum – colocar fogo em um edifício.

Veja **como já foi cobrado**:

(2018) TRF2: O fogo é um meio cruel para a execução do homicídio, e também pode resultar perigo comum conforme as circunstâncias. Correto!

c) Explosivo

É o produto com capacidade para destruir objetos em geral, mediante detonação ou estrondo.

Igualmente, pode caracterizar:

- Meio cruel
- Meio que pode resultar perigo comum.

Salienta-se que o emprego de explosivo e de fogo, geralmente, será acompanhado de um dado ao patrimônio alheio. O crime de dano está previsto no art. 163, parágrafo único, II do CP, trata-se de um crime com subsidiariedade expressa, ou seja, o agente só irá responder pelo dano qualificado quando não houver um crime mais grave previsto.

d) Asfixia: mecânica ou tóxica

Trata-se da supressão da função respiratória. Pode ter origem mecânica ou tóxica.

MECÂNICA	TÓXICA
Estrangulamento – é a constrição do pescoço da vítima, mediante a utilização de um objeto que não dependa do peso da própria vítima.	Inalação ou uso de gás asfixiante
Esganadura – é constrição do pescoço da vítima pelo próprio corpo do agente. Não se utiliza nenhum objeto.	Confinamento – colocação da vítima em local fechado, sem renovação do oxigênio consumido.
Enforcamento – é a constrição do pescoço da vítima pelo seu próprio peso.	
Sufocação – é o uso de algum objeto que impeça a entrada de ar pelo nariz ou pela boca da vítima.	
Soterramento – é a submersão da vítima em meio sólido.	
Afogamento – é a ingestão excessiva de líquidos	
Imprenssamento - impedimento da função respiratória, mediante a colocação de peso sobre o diafragma da vítima.	

Salienta-se que a asfixia poderá ser caracterizada como:

- Meio insidioso
- Meio cruel
- Meio do qual possa resultar perigo comum.

e) Tortura.

Definida no art. 1º da Lei 9.455/97.

Consiste no constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça, de forma a causar-lhe um intenso sofrimento físico ou mental.

É um meio cruel, funcionando como modo de execução do crime.

Indaga-se: ***qual a diferença entre homicídio qualificado pela tortura e a tortura qualificada pela morte (art. 1º, §3º da Lei 9.455/1997)***? Vejamos o quadro comparativo:

HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TORTURA	TORTURA QUALIFICADA PELA MORTE
É crime hediondo	É crime equiparado a hediondo
Trata-se de crime doloso, uma vez que o agente deseja matar a vítima. E, para isso, usa a tortura.	Trata-se de crime preterdoloso. O agente possui o dolo de torturar, mas culposamente acaba ocasionando a morte da vítima.
Crime de competência do Tribunal do Júri.	Crime de competência do juízo singular.

5.6.6. À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (Inciso IV)

Trata-se de qualificadoras ligadas aos modos de execução do homicídio, ou seja, a forma que o agente utiliza para matar. Assim como as qualificadoras do inciso III, salvo a traição (que possui natureza subjetiva), possuem natureza objetiva. Portanto, comunicam-se aos demais agentes.

Destaca-se que, aqui, novamente o legislador fez uso da interpretação analógica ao usar a fórmula genérica “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”.

Obs.: Em concursos para o Ministério Público, não se deve utilizar a expressão “torne impossível”, mas sim apenas o “dificulte”, em razão do Conselho de Sentença.

a) Traição: física ou moral

A traição é caracterizada por uma confiança prévia da vítima no agente, o que dificulta sua defesa. Por isso, possui natureza subjetiva.

Homicídio qualificado pela traição é chamado de homicídio *proditorium*. Além disso, trata-se de um crime próprio ou especial, uma vez que a vítima depositava uma confiança (preexistente ao crime) no agente que se aproveitou disso para praticar o homicídio.

A traição poderá ser física (atirar pelas costas, esfaquear a vítima que está dormindo) ou moral (conversa enganosa)

b) Emboscada

Também chamada de *agguato* (Itália), *guet-apens* (França) ou de *homicidium ex-insidiis*.

Trata-se de uma "tocaia", podendo ocorrer na zona urbana ou rural. Aqui, o agente fica escondido aguardando a vítima para que possa atacar sem que ela perceba o ataque.

Importante consignar que a emboscada sempre pressupõe premeditação.

c) Dissimulação

Trata-se da atuação disfarçada, hipócrita, que esconde a verdadeira intenção do agente. Há, portanto, uma falsa confiança.

A dissimulação poderá ser:

- Material – uso de instrumento para enganar a vítima. Por exemplo, o atirador usa uma farda de policial militar.
- Moral – é a conversa enganosa.

Obs.: a dissimulação não se confunde com traição. Na dissimulação a relação é falsa, já na traição a relação de confiança realmente existe.

d) Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima

Por exemplo, matar uma pessoa que está dormindo.

5.6.7. Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (inciso V)

Trata-se de homicídio qualificado pela conexão, ou seja, dois ou mais crimes estão de algum modo ligados entre si.

A conexão poderá ser:

a) Conexão teleológica

O homicídio é praticado para assegurar a execução de outro crime. Por exemplo, o agente mata o marido para cometer o crime de estupro contra a esposa; mata o segurança para sequestrar o empresário.

Obs.: Mesmo que o segundo crime não se consume ou se trata de um crime impossível, haverá a incidência da qualificadora, pois basta que a finalidade do homicídio tenha sido a garantia da execução (a censurabilidade da conduta daquele que age com esse fim é maior). Ocorrendo o segundo crime, ocorrerá concurso material de crimes.

Indaga-se: ***e se o agente desistir de praticar o outro crime. Por exemplo, mata o marido para estuprar a esposa. Haverá incidência da qualificadora***? Sim, a

desistência voluntária ocorreu em relação ao crime de estupro apenas. Portanto, ainda será um homicídio qualificado pela conexão teleológica. Vale o tempo do crime (Teoria da Atividade), ou seja, considera-se o momento da ação ou da omissão, no momento do homicídio o dolo era o de estuprar a esposa.

Salienta-se que o latrocínio é um homicídio qualificado pela conexão com roubo. Contudo, o legislador utilizou o Princípio da Especialidade, tratando-o de forma diferenciada.

b) Conexão consequencial

O homicídio é praticado para assegurar a impunidade, vantagem ou ocultação de outro crime. Aqui, o agente, por exemplo, comete o crime de estupro e de pois pratica o homicídio para que ela não o denuncie.

- Impunidade: Homicídio da testemunha que pode identificar o agente como autor de um estupro.
- Vantagem: Homicídio de coautor de furto para ficar com a totalidade da 'res furtiva'.
- Ocultação: Homicídio de perito que ia apurar a apropriação indébita do agente.

Obs.: Quando o homicídio é realizado para garantir a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de uma ***contravenção***, não se configura essa qualificadora (seria analogia *in malam partem*). Entretanto, conforme o caso, poderá incidir a qualificadora da torpeza.

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) TJ/PR: responderá por homicídio qualificado o agente que matar para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de ~~uma contravenção penal~~. Errado!

c) Conexão ocasional

O homicídio é praticado em razão da facilidade da ocasião proporcionada por outro crime. Por exemplo, o agente ingressa na residência e começa a subtrair bens, percebe que a residência é de um desafeto seu e decide cometer o homicídio.

Salienta-se que a conexão ocasional produz efeitos no Processo Penal (para fins de competência), mas qualifica o homicídio por falta de previsão legal.

5.6.8. Feminicídio (Inciso VI)

a) **Previsão legal e considerações**

O feminicídio foi criado pela Lei 13.104/15, que qualificou o crime de homicídio praticado conta a mulher por razões de sexo feminino e, ainda, incluiu o feminicídio ao rol dos crimes hediondos.

Entende-se por feminicídio o homicídio doloso praticado contra a mulher por "razões da condição de sexo feminino", ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino.

Salienta-se que antes da Lei n. 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em outras palavras, o feminicídio era punido, de forma genérica, como sendo homicídio (art. 121 do CP). A depender do caso concreto, o feminicídio (mesmo sem ter ainda este nome) poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I do § 2º do art. 121) ou fútil (inciso II) ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV). No entanto, o certo é que não existia a previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra a mulher por razões de gênero.

A Lei Maria da Penha prevê apenas um crime em seu texto, incluído em 2018 pela Lei 13.641/2018, trata-se do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (art. 24-A). Isso ocorre porque seu objetivo não foi criminalizar condutas, mas sim prever regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica.

Obs.: Não há se falar em inconstitucionalidade da qualificadora do feminicídio. Na Visão do STF, a Lei Maria da Penha e, agora, a Lei do Feminicídio, são instrumentos que promovem a igualdade em seu sentido material. Isso porque, sob o aspecto físico, a mulher é mais vulnerável que o homem, além de, no contexto histórico, ter sido vítima de submissões, discriminações e sofrimentos por questões relacionadas ao gênero. Trata-se, dessa forma, de uma ação afirmativa (discriminação positiva) em favor da mulher. Ademais, a criminalização especial e mais gravosa do feminicídio é uma tendência mundial, adotada em diversos países do mundo.

Por fim, salienta-se que feminicídio (homicídio contra mulher por razões de condição do sexo feminino) não se confunde com femicídio (homicídio contra mulher).

b) **Razões de gênero**

No projeto de lei, a locução prevista para o tipo era: se o homicídio é praticado “contra a mulher por razões de gênero”. Ocorre que, durante os debates, a bancada de parlamentares evangélicos pressionou para que a “gênero” da proposta inicial fosse substituída por “sexo feminino”, com objetivo de afastar a possibilidade de que transexuais fossem abarcados pela lei. A bancada feminina acabou aceitando a mudança para viabilizar a aprovação do projeto.

Indaga-se: ***a qualificadora do feminicídio pode ser aplicada à vítima transexual***?
Inicialmente, destaca-se que transexual é o indivíduo que possui características físicas sexuais distintas das características psíquicas. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a transexualidade é um transtorno de identidade de gênero. A identidade de gênero é o gênero como a pessoa se enxerga (como homem ou mulher). Assim, em simples palavras, o transexual tem uma identidade de gênero (sexo psicológico) diferente do sexo físico, o que lhe causa intenso sofrimento. Em relação à incidência da qualificadora, há duas correntes:
1ªC (conservadora) – NÃO. A transexual, sob o ponto de vista estritamente genético, continua sendo pessoa do sexo masculino, mesmo após a cirurgia. Não se discute que a ela devem ser assegurados todos os direitos como mulher, eis que esta é a expressão de sua personalidade. É assim que ela se sente e, por isso, tem direito, inclusive de alterar

seu nome e documentos, considerando que sua identidade sexual é feminina. Trata-se de um direito seu, fundamental e inquestionável. O legislador tinha a opção de, legitimamente, equiparar a transexual à vítima do sexo feminino, até porque são plenamente equiparáveis. Porém, não o fez. Não pode o intérprete, a pretexto de respeitar a livre expressão sexual do transexual, valer-se de analogia para punir o agente.
2ªC (moderna) – SIM. A transexual que realizou a cirurgia e passou a ter identidade sexual feminina é equiparada à mulher para todos os fins de direito. Não há que se negar a incidência da qualificadora. Salienta-se que na ADI 4275, com base no respeito à dignidade da pessoa humana, o STF entendeu que transexuais podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem que se submetam a cirurgia e sem necessidade de autorização judicial.

c) **Razões de sexo feminino**

O legislador previu, no § 2º-A do art. 121, uma norma penal interpretativa, ou seja, um dispositivo para esclarecer o significado dessa expressão.

Art. 121,
§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
I - violência doméstica e (OU) familiar;
II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

- Violência doméstica e familiar (inciso I)

Haverá feminicídio quando o homicídio for praticado contra a mulher em situação de violência doméstica OU familiar. Ao afirmar isso, o legislador ampliou bastante o conceito de feminicídio, já que, pela redação literal do inciso I não seria necessário discutir os motivos que levaram o autor a cometer o crime. Pela interpretação literal, não seria indispensável que o delito tivesse relação direta com razões de gênero. Tendo sido praticado homicídio (consumado ou tentado) contra pessoa do sexo feminino envolvendo violência doméstica, haveria feminicídio.

Ocorre que a interpretação literal e isolada do inciso I não parece a melhor. É preciso contextualizar o tema e buscar a interpretação sistemática, socorrendo-se da definição de "violência doméstica e familiar" encontrada no art. 5º da Lei Maria da Penha), que assim a conceitua:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e (OU) familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Desse modo, conclui-se que, mesmo no caso do feminicídio baseado no inciso I do § 2º-A do art. 121, será indispensável que o crime envolva motivação baseada no gênero ("razões de condição de sexo feminino").

Por exemplo, marido que mata a mulher porque acha que ela não tem "direito" de se separar dele; companheiro que mata sua companheira porque quando ele chegou em casa o jantar não estava pronto.

Por outro lado, ainda que a violência aconteça no ambiente doméstico ou familiar e mesmo que tenha a mulher como vítima, não haverá feminicídio se não existir, no caso concreto, uma motivação baseada no gênero ("razões de condição de sexo feminino").

Por exemplo, dois irmãos (Ana e João), que vivem na mesma casa, disputam a herança do pai falecido; determinado dia, Joãos invade o quarto de Ana e a mata para ficar com a totalidade dos bens para si; esse crime foi praticado com violência doméstica, já que envolveu duas pessoas que tinha relação íntima de afeto, mas não será feminicídio porque não foi um homicídio baseado no gênero (não houve violência de gênero, menosprezo à condição de mulher), tendo a motivação do delito sido meramente patrimonial. Aqui, haverá femicídio.

- Menosprezo ou discriminação à condição de mulher (inciso II)

Para ser enquadrado neste inciso, é necessário que, além de a vítima ser mulher, fique caracterizado que o crime foi motivado ou está relacionado com o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, há uma inferiorização da mulher.

Por exemplo, funcionário de uma empresa que mata sua colega de trabalho em virtude de ela ter conseguido a promoção em detrimento dele, já que, em sua visão, ela, por ser mulher, não estaria capacitada para a função.

d) **Natureza da qualificadora**

De acordo com a doutrina, trata-se de uma qualificadora de natureza subjetiva, a qual pressupõe motivação especial: crime de homicídio deve ser cometido contra a mulher ***por razões*** *da condição do sexo feminino*. Perceba que está relaciona à motivação do crime.

Contudo, o STJ entende que se trata de uma qualificadora objetiva, entendendo que irá incidir nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise.

Por isso, no entendimento do STJ não caracteriza *bis in idem* o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Atenção!! Apesar do entendimento doutrinário, em provas objetivas é cobrado o entendimento do STJ.

Veja **como já foi cobrado**:

(**2020) MPE/CE**: A qualificadora do feminicídio, caso envolva violência doméstica, menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não é incompatível com a presença da qualificadora da motivação torpe. Correto!

(2019) MPE/MG: A incidência da qualificadora do feminicídio, prevista no artigo 121, § 2°, VI, do Código Penal, reclama situação de violência praticada por homem ou por mulher contra a mulher em situação de vulnerabilidade, num contexto caracterizado por relação de poder e submissão. Pode-se ainda afirmar que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a qualificadora em análise é de natureza subjetiva. Errado!

(**2019) DPE/MG:** De acordo com o STJ, a qualificadora do feminicídio pode coexistir com a qualificadora do motivo torpe, pois o feminicídio tem natureza objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente, enquanto o motivo torpe tem natureza subjetiva, já que de caráter pessoal. Correto!

(2018) PC/SE: o reconhecimento das qualificadoras da motivação torpe e de feminicídio não caracterizará *bis in idem*. Correto!

e) **Sujeito ativo**

O feminicídio pode ser praticado por qualquer pessoa (trata-se de crime comum).

Destaca-se que o sujeito ativo do feminicídio normalmente é um homem, mas também pode ser mulher.

f) **Sujeito passivo**

Obrigatoriamente deve ser uma pessoa do sexo feminino (criança, adulta, idosa, desde que do sexo feminino).

Perceba que:

- Mulher que mata sua companheira homoafetiva: pode haver feminicídio se o crime foi por razões da condição de sexo feminino.
- Homem que mata seu companheiro homoafetivo: não haverá feminicídio porque a vítima deve ser do sexo feminino. Esse fato continua sendo, obviamente, homicídio.

Obs.: o Transexual que nasceu mulher e se considera homem, segundo a doutrina, poderá ser vítima de feminicídio.

g) **Causas de aumento de pena**

O §7º do art. 121, também incluído pela Lei 13.104/2015 e pela Lei 13.771/2018, prevê causas de aumento para o feminicídio.

> *Art. 121, § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:*
> *I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;*
> *II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;*
> *III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;*

> *IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.*

Assim, haverá o aumento da pena de 1/3 até metade quando o crime for praticado:

I) Durante a gestação ou três meses após o parto – visa combater a culpabilidade acentuada (covardia do agente) e amparar a fragilidade da vítima.

O agente deve ter ciência da gravidez da vítima, sob pena de responsabilidade penal objetiva.

Além disso, o agente irá responder por feminicídio e por abordo sem consentimento da gestante, em concurso formal imperfeito/impróprio. Perceba que haverá uma conduta com dois resultados (morte da mulher e aborto) dolosos. Aquele que mata uma mulher gravida possui, pelo menos, dolo eventual de produzir o aborto.

II) Contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental – deve ser de conhecimento do agente.

III) Na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima – fundamenta-se no prejuízo psicológico e abalo emocional causado ao ascendente ou descendente que presencia o feminicídio

IV) Em descumprimento das medidas protetivas previstas no art. 22, I, II e III da Lei Maria da Penha.

O descumprimento das medidas protetivas de urgência, por si só, caracteriza o crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha.

Caso descumpra e ainda pratique feminicídio, haverá a absorção do crime do art. 24-A pelo feminicídio, porém incidirá a causa de aumento do art. 121, §7º, IV do CP.

> *Lei Maria da Penha*
> *Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:*
> *I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*
> *II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;*
> *III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:*
> *a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;*
> *b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;*
> *c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;*

Veja **como já foi cobrado**:

(2019) DPE/DF: A circunstância do descumprimento de medida protetiva de urgência imposta ao agressor, consistente na proibição de aproximação da vítima, constitui causa de aumento de pena no delito de feminicídio. Certo.

(2019) TJ/AC: a prática de feminicídio na presença de descendente, ascendente ou ~~colateral~~ da vítima implica no aumento da pena de um ~~sexto~~ TERÇO a um terço. Errado!

(2018) DPE/PE: A pena do feminicídio poderá ser aumentada se o crime for praticado durante a gestação ou nos ~~seis~~ TRÊS meses posteriores ao parto. Errado

h) **Competência**

Se o feminicídio ocorre com base no inciso I do § 2º-A do art. 121, ou seja, se envolveu violência doméstica, a competência para processar este crime será da vara do Tribunal do Júri ou do Juizado Especial de Violência Doméstica ("Vara Maria da Penha")?

Dependerá da Lei estadual de Organização Judiciária.

Situação 1: existem alguns Estados que, em sua Lei de Organização Judiciária preveem que, em caso de crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica, a Vara de Violência Doméstica será competente para instruir o feito até a fase de pronúncia. A partir daí, o processo será redistribuído para a Vara do Tribunal do Júri.

Segundo já decidiu o STF, essa previsão é válida. Assim, a Lei de Organização Judiciária poderá prever que a 1ª fase do procedimento do júri seja realizada na Vara de Violência Doméstica em caso de crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica. Não haverá usurpação da competência constitucional do júri. Apenas o julgamento propriamente dito é que, obrigatoriamente, deverá ser feito no Tribunal do Júri (STF. 2ª Turma. HC 102150/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 27/5/2014. Info 748).

Situação 2: se a lei de organização judiciária não prever expressamente essa competência da Vara de Violência Doméstica para a 1ª fase do procedimento do Júri, aplica-se a regra geral e todo o processo tramitará na Vara do Tribunal do Júri.

5.6.9. Homicídio contra integrantes dos órgãos de segurança pública (Inciso VII)

Segundo parcela da doutrina, trata-se de um homicídio funcional. No entender de Cleber Masson, a terminologia está errada, tendo em vista que homicídio funcional seria aquele praticado contra qualquer funcionário público no desempenho de suas funções ou em razão delas.

Porém, o legislador qualificou apenas o homicídio cometido contra autoridades ou agentes previstos nos arts. 142 e 144 da CF, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Trata-se de um homicídio doloso, portanto, a competência de do Tribunal do Júri.

Obs.: é uma norma penal em branco de fundo constitucional, tendo em vista que deve ser complementada pelos arts. 142 e 144 da CF, que indica alguns agentes de segurança pública.

a) **Fundamentos da qualificadora**

É um crime que atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito, causando temor acentuado na coletividade em geral. Além disso, normalmente, é praticado por membros de organizações criminosas.

b) **Vítimas do crime**

- *Autoridades ou agentes do art. 142 da CF/88*

  O art. 142 da CF/88 trata sobre as Forças Armadas (Marinha, Exército ou Aeronáutica).

  > *CF- Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

- *Autoridades ou agentes do art. 144 da CF/88*

  O art. 144, por sua vez, elenca os órgãos que exercem atividades de segurança pública. O caput desse dispositivo tem a seguinte redação:

  > *Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*
  > *I - polícia federal;*
  > *II - polícia rodoviária federal;*
  > *III - polícia ferroviária federal;*
  > *IV - polícias civis;*
  > *V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*
  > *VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)*

- *Situação dos guardas municipais*

  Como se vê pela redação do caput do art. 144 da CF/88, não há menção às guardas municipais. Diante disso, indaga-se: o homicídio praticado contra um guarda municipal no exercício de suas funções pode ser considerado qualificado, nos termos do inciso VII do § 2º do art. 121 do CP? Essa nova qualificadora aplica-se também para os guardas municipais? SIM. A qualificadora do inciso VII do § 2º do art. 121 do CP aplica-se em situações envolvendo guardas municipais. Chega-se a essa conclusão tanto a partir de uma interpretação literal como teleológica.

  O inciso VII fala em “autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal”. Repare que o legislador não restringiu a aplicação da qualificadora ao caput do art. 144 da CF/88. As guardas municipais estão descritas no art. 144, não em seu caput, mas sim no § 8º, que tem a seguinte redação:

> *Art. 144 (...) § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.*

Desse modo, a interpretação literal do inciso VII do § 2º do art. 121 do CP não exclui a sua incidência no caso de guardas municipais. Vale aqui aplicar o vetusto brocardo jurídico *"ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus", ou seja*, "onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir".

Ressalte-se que não se trata de interpretação extensiva ou ampliativa contra o réu. A lei fala no art. 144 da CF/88, sem qualquer restrição ou condicionante. O art. 144 é composto não apenas pelo caput, mas também por parágrafos. Ao se analisar todo o artigo para cumprir a remissão feita pela lei (e não apenas o caput) não se está ampliando nada, mas apenas dando estreita obediência à vontade do legislador.

Além disso, há razões de natureza teleológica que justificam essa interpretação.

O objetivo do legislador foi o de proteger os servidores públicos que desempenham atividades de segurança pública e que, por estarem nessa condição, encontram-se mais expostos a riscos do que as demais pessoas. Os guardas municipais, por força de lei que deu concretude ao § 8º do art. 144 da CF/88, estão também incumbidos de inúmeras atividades relacionadas com a segurança pública. Refiro-me à Lei n. 13.022/2014 (Estatuto das Guardas Municipais), que prevê, dentre as competências dos guardas municipais, a sua atuação em prol da segurança pública das cidades (arts. 3º e 4º da Lei).

- *Agentes de segurança viária*

O mesmo raciocínio acima penso que pode ser aplicado para os agentes de segurança viária, 0disciplinados no § 10 do art. 144 da CF/88:

> *Art. 144, § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:*
> *I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e*
> *II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.*

- *Agentes de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Polícia Legislativa)*:

Não incide a qualificadora. A Polícia Legislativa é tratada nos arts. 51 e 52 da CF, não estão previstos nos arts. 142 e 144 da CF, portanto, não há possibilidade da incidência, sob pena de analogia *in malam partem.*

- *Servidores aposentados*

Não estão abrangidos pelo inciso VII do § 2º do art. 121 do CP os servidores aposentados dos órgãos de segurança pública, considerando que, para haver

essa inclusão, o legislador teria que ter sido expresso já que, em regra, com a aposentadoria o ocupante do cargo deixa de ser autoridade, agente ou integrante do órgão público.

- *Integrantes do sistema prisional*

  São os que atuam na fase administrativa da execução da pena privativa de liberdade e da medida de segurança de internação, a exemplo dos diretores dos estabelecimentos prisionais, dos carcereiros, dos agentes penitenciários etc.

- *Integrantes da Força Nacional de Segurança Pública*

  Criada em 2014, composta pelos melhores Policiais Militares de cada Estado, que recebem treinamento da Polícia Federal, ficando à disposição do Ministério da Justiça.

- *Familiares das autoridades, agentes e integrantes dos órgãos de segurança pública*

  Também será qualificado o homicídio praticado contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau das autoridades, agentes e integrantes dos órgãos de segurança pública.

  Quando se fala em cônjuge ou companheiro, isso inclui, tanto relacionamentos heteroafetivos como homoafetivos. Assim, matar um companheiro homoafetivo do policial, em retaliação por sua atuação funcional, é homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, VII, do CP.

  A expressão “parentes consanguíneos até 3º grau” abrange: ascendentes (pais, avós, bisavós), descendentes (filhos, netos, bisnetos) e colaterais até o 3º grau (irmãos, tios e sobrinhos).

  O filho adotivo está abrangido na proteção conferida por este inciso VII? Se um filho adotivo do policial é morto como retaliação por sua atuação funcional haverá homicídio qualificado com base no art. 121, § 2º, VII, do CP? O tema certamente suscitará polêmica na doutrina e jurisprudência, mas penso que não.

  Existem três espécies de parentesco no Direito Civil: parentesco consanguíneo ou natural (decorrente do vínculo biológico); parentesco por afinidade (decorrente do casamento ou da união estável); parentesco civil (decorrente de uma outra origem que não seja biológica nem por afinidade). De acordo com essa classificação, a adoção gera uma espécie de parentesco civil entre adotando e adotado. O filho adotivo possui parentesco civil com seu pai adotivo.

  O legislador, ao prever o inciso VII cometeu um grave equívoco ao restringir a proteção do dispositivo às vítimas que sejam parentes consanguíneas da autoridade ou agente de segurança pública, falhando, principalmente, por deixar de fora o parentesco civil. Tivesse o legislador utilizado apenas a expressão “parente”, sem qualquer outra designação, poderíamos incluir todas as modalidades de parentesco. Ocorre que ele, abraçando a classificação acima explicada, escolheu proteger apenas os parentes consanguíneos.

É certo que a CF/88 equipara os filhos adotivos aos filhos consanguíneos, afirmando que não poderá haver tratamento discriminatório entre eles. Isso está expresso no § 6º do art. 227:

> *Art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Desse modo, a restrição imposta pelo inciso VII é manifestamente inconstitucional. No entanto, mesmo sendo inconstitucional, não é possível "corrigi-la" acrescentando, por via de interpretação, maior punição para homicídios cometidos contra filhos adotivos. Se isso fosse feito, haveria analogia in malam partem, o que é inadmissível no Direito Penal.

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) DPE/MG: A qualificadora do chamado homicídio funcional, de acordo com o texto legal, só abrange o vínculo consanguíneo, de forma que ela não incide se a vítima for o filho adotivo do agente de segurança. Correto!

Não estão abrangidos os parentes por afinidade, ou seja, aqueles que a pessoa adquire em decorrência do casamento ou união estável, como cunhados, sogros, genros, noras etc. Assim, se o traficante mata a sogra do Delegado que o investigou não cometerá o homicídio qualificado do art. 121, § 2º, VII, do CP. A depender do caso concreto, poderá ser enquadrado como motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP).

Obs.: Não abrange Promotores de Justiça, Procuradores, Juízes com competência criminal.

c) **Relação com a função**

Não basta que o crime tenha sido cometido contra as pessoas acima listadas. É indispensável que o homicídio esteja relacionado com a função pública desempenhada pelo integrante do órgão de segurança pública.

Assim, três situações justificam a incidência da qualificadora:

1ª Hipótese: o indivíduo foi vítima do homicídio no exercício da função.

Por exemplo, PM que, ao fazer a ronda no bairro, é executado por um bandido.

2ª Hipótese: o indivíduo foi vítima do homicídio em decorrência de sua função.

Por exemplo, o Delegado de Polícia é morto pelo bandido como vingança por ter prendido a quadrilha que ele chefiava.

3ª Hipótese: o familiar da autoridade ou agente foi vítima do homicídio em razão dessa condição de familiar de integrante de um órgão de segurança pública.

Por exemplo, o filho de Delegado de Polícia Federal é morto por organização criminosa como retaliação por ter conduzido operação policial que apreendeu enorme quantidade de droga.

De outro lado, não haverá a qualificadora do inciso VII do § 2º do art. 121 do CP se o crime foi praticado contra um agente de segurança pública (ou contra seus familiares), mas este homicídio não tiver qualquer relação com sua função.

Imagine, por exemplo, que um policial civil, em seu período de folga, está em uma boate e paquera determinada moça que não viu estar acompanhada. O namorado da garota, com ciúmes, saca uma arma e dispara tiro contra o policial. Não haverá a qualificadora do inciso VII, mas o crime, a depender do conjunto probatório, poderá ser qualificado com base no motivo fútil (inciso II).

Em suma, a qualificadora não protege a pessoa do militar, do policial, do delegado etc., mas sim tutela a FUNÇÃO desempenhada por esses indivíduos. Esse é o bem jurídico protegido.

d) **Elemento subjetivo**

É indispensável que o homicida saiba (tenha consciência) da função pública desempenhada e queira cometer o crime contra o agente que está em seu exercício ou em razão dela ou ainda que queira praticar o delito contra o seu familiar em decorrência dessa atividade.

Imagine, por exemplo, que João, membro de uma organização criminosa, está "jurado de morte" pela organização criminosa rival e, por isso, anda sempre armado e atento. João não sabia que estava sendo investigado pela Polícia Federal, inclusive sendo acompanhado por dois agentes da PF à paisana. Determinado dia, ao perceber que estava sendo seguido, João, pensando se tratar dos membros da organização rival, mata os dois policiais. Não incidirá a qualificadora do inciso VII do § 2º do art. 121 do CP porque ele não tinha dolo de matar especificamente os policiais no exercício de suas funções. A depender do conjunto probatório, João poderá, em tese, responder por homicídio qualificado com base no motivo torpe (inciso I), desde que não fique caracterizada a legítima defesa putativa.

e) **Natureza da qualificadora**

A qualificadora do inciso VII é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (ele mata a vítima no exercício da função, em decorrência dela ou em razão da condição de familiar do agente de segurança pública). Ademais, não se trata de qualificadora objetiva porque nada tem a ver com o meio ou modo de execução.

Por ser qualificadora subjetiva, em caso de concurso de pessoas, essa qualificadora não se comunica aos demais coautores ou partícipes, salvo se eles também tiverem a mesma motivação.

Imagine, por exemplo, que João, por vingança, deseja matar o Delegado que lhe investigou e, para tanto, contrata o pistoleiro profissional Pedro, que não se importa com os motivos do mandante, já que seu intuito é apenas lucrar com a execução; João responderá por homicídio qualificado do art. 121, § 2º, VII e Pedro por homicídio qualificado mediante paga (art. 121, § 2º, I); a qualificadora do inciso VII não se estende ao executor, por força do art. 30 do CP:

> *Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

Obs.: há quem defenda ser de natureza objetiva, tendo em vista que não se trata de motivação, ou seja, não se exige que o homicídio ocorra em razão da condição da vítima. Considera-se objetivamente que a vítima é ligada ao exercício da segurança pública ou a quem a exerce.

Por outro lado, há, ainda, doutrina defendendo que a qualificadora possui natureza mista (objetiva e subjetiva), será objetiva quando se trata de homicídio praticado contra o agente de segurança no exercício de suas funções e subjetiva quando praticado em decorrência da função ou em razão da condição de cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau de quem exerce função na segurança pública.

5.6.10. Homicídio e parentesco

O parentesco, por si só, não é apto a qualificar o crime de homicídio. Contudo, está previsto como circunstância agravante (art. 61, II, "e" do CP) que será aplicada tanto ao homicídio quanto aos demais crimes em geral.

> *CP*
> *Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:*
> *(...)*
> *II - ter o agente cometido o crime*
> *(...)*
> *e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;*

Salienta-se que alguns homicídios, quando praticados contra determinados parentes, recebem denominação especial. Assim, teremos:

- Parricídio quando o homicídio for praticado contra pai;
- Matricídio quando o homicídio for praticado contra a mãe;
- Uxoricídio quando o homicídio for praticado contra a esposa;
- Conjucídio quando o homicídio for praticado contra o marido;
- Fratricídio quando o homicídio for praticado contra irmão;
- Filicídio quando o homicídio for praticado contra o filho.

5.6.11. Premeditação

A premeditação, por si só, não é capaz de qualificar o homicídio. Apenas na análise do caso concreto será possível afirmar se a premeditação demostra uma postura mais fria, cruel do agente ou se é fruto da sua resistência à prática do crime.

Veja como já foi cobrado:

(2018) PC/SE: Caso o delito ocorra pouco tempo depois da motivação e do planejamento do crime, a premeditação poderá ser considerada uma qualificadora do delito de homicídio. Errado!

5.7. HOMICÍDIO HÍBRIDO

5.7.1. Conceito

Trata-se de um homicídio, ao mesmo tempo, privilegiado (art. 121, §1º) e qualificado (art. 121, §2º).

5.7.2. Cabimento

Para ocorrência de um homicídio híbrido a qualificadora deverá ser de natureza objetiva. Portanto, quando a qualificadora for de natureza subjetiva não há que se falar em homicídio privilegiado e qualificado.

Veja como **já foi cobrado**:

2019 (DPE/MG): É possível o homicídio qualificado-privilegiado desde que a qualificadora tenha natureza objetiva, já que todas as causas de privilégio são de natureza subjetiva. Correto!

2018 (MPE/MS: O homicídio híbrido é admitido pela jurisprudência, desde que a circunstância qualificadora tenha caráter objetivo. Correto!

Importante consignar que as circunstâncias subjetivas estão relacionadas ao motivo ou ao estado anímico do agente. Por outro lado, as circunstâncias objetivas referem-se ao meio ou ao modo de execução do crime.

<table>
<tr><th>PRIVILÉGIO (art. 121, §1º)</th><th>QUALIFICADORA (art. 121, §2º)</th></tr>
<tr><td>É sempre de natureza subjetiva, isso porque o relevante valor social, o relevante valor moral e o domínio de violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima, estão relacionados ao motivo pelo qual o agente praticou o homicídio e ao seu estado anímico no momento do crime.</td><td>Poderá ter natureza subjetiva ou natureza objetiva.

<table><tr><th>Subjetiva</th><th>Objetiva</th></tr><tr><td>Motivo fútil
Motivo Torpe
Feminicídio (para a doutrina)
Vinculo finalístico
Contra agentes de segurança</td><td>Meio cruel
Modo surpresa
Feminicídio (para o STJ)</td></tr></table></td></tr>
</table>

Salienta-se que a incompatibilidade do privilégio e da qualificadora subjetiva decorre da ordem de votação dos quesitos no Tribunal do Júri (art. 483, §3º do CPP).

> *Art. 483,*
> *§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:*
> *I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;*
> *II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.*

O privilégio é uma causa de diminuição da pena que é votada antes das qualificadoras, ao ser reconhecido automaticamente nega-se a qualificadora subjetiva, que nem será levada para

votação. Por outro lado, sendo afastado o privilégio haverá a votação da qualificadora subjetiva. Além disso, havendo qualificadora objetiva haverá a quesitação.

Por exemplo, João é denunciado pelo homicídio, mediante tortura, do estuprador de sua filha, na denúncia consta que a motivação de João foi fútil. Ao ser reconhecido o privilégio, automaticamente, nega-se o motivo fútil. Prossegue-se com a quesitação acerca da tortura (meio cruel).

5.7.3. Lei dos Crimes Hediondos

Acerca da hediondez do homicídio híbrido há duas posições. Vejamos:

1ªC (minoritária) – **É crime hediondo**. Sustenta que o fato de incidir uma mera causa de diminuição de pena (privilegiadora) não altera a qualidade do delito, ou seja, o crime praticado continua sendo homicídio qualificado apenas terá sua pena diminuída. Portanto, é hediondo.

2ª C (PREVALECE, inclusive no STF e no STJ) – **NÃO é hediondo**. Por meio de analogia *in bonam partem* com o art. 67 do CP, entendem que havendo concomitância de circunstâncias atenuantes e agravantes prevalecem as de caráter subjetivo, pois dizem respeito aos motivos determinantes do crime. Assim, como na figura híbrida do homicídio qualificado-privilegiado as privilegiadoras são subjetivas em face das qualificadoras necessariamente objetivas, afasta-se a hediondez. Ademais, há clara incompatibilidade entre a hediondez e o crime cometido por motivos 'nobres'.

> *CP Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.*

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) DPE/MG: O homicídio qualificado-privilegiado, nos termos da jurisprudência predominante do STJ, é considerado crime hediondo, porque a qualificadora prepondera sobre o privilégio, pois este é mera causa de diminuição da pena. Errado!

5.8. CAUSAS DE AUMENTO NO HOMICÍDIO DOLOSO

5.8.1. Crime praticado contra pessoa menor de 14 anos ou maior de 60 anos

Encontra-se prevista na segunda parte do §4º do art. 121 do CP. Fundamenta-se na fragilidade da vítima.

Observe a redação do dispositivo:

> *Art. 121, §4º - (...) a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.*

Como se trata de uma causa de aumento, incidirá na terceira fase de aplicação da pena, sendo submetida a votação pelos jurados. Além disso, recaí sobre todas as formas de homicídio doloso, seja simples, privilegiado ou qualificado.

Veja como **já foi cobrado**:

(2018) MPE/MS: O fato de a vítima de homicídio doloso ter mais de sessenta anos constitui ~~circunstância agravante~~ causa de aumento de pena, prevista no ~~artigo 61~~ 121, §4º do Código Penal, considerada na ~~segunda~~ terceira fase de aplicação da pena. Errada!

É imprescindível que o agente conheça a idade da vítima, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Caso desconheça a idade, haverá de erro de tipo que desconstitui a majorante.

Salienta-se que a idade deve ser verificada no momento da prática do crime, ou seja, no momento da conduta (art. 4º do CP), trata-se da aplicação da Teoria da Atividade.

5.8.2. Crime praticado por milícia privada e grupo de extermínio

A previsão encontra-se no art. 121, §6º do CP. Vejamos:

> *Art. 121, § 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)*

Cuida-se de causa especial de aumento de pena, incidente na terceira e última fase da dosimetria da pena, aplicado exclusivamente ao homicídio doloso, simples ou qualificado. Embora não exista disposição expressa nesse sentido, é evidente que o homicídio praticado por milícia privada será considerado hediondo. Com efeito, não há como se imaginar uma execução desta natureza sem a presença de alguma qualificadora, notadamente o motivo torpe ou o recurso que dificulta ou impossibilita a defesa da vítima.

Por milícia privada entende-se o agrupamento armado e estruturado de civis – inclusive com a participação de militares fora de suas funções - com a pretensa de restaurar a segurança de locais controlados pela criminalidade, diante da inércia do Poder Público.

Por grupo de extermínio entende-se a reunião de pessoas, matadores, justiceiros (civis ou não) que atuam na ausência ou leniência do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente etiquetadas como marginais ou perigosas.

Em relação ao número de pessoas que devem integrar a milícia privada ou o grupo de extermínio, duas correntes:

1ªC: o número de agentes deve coincidir com o número da associação criminosa, qual seja: três ou mais pessoas.

2ªC: defende que deve ser o mesmo número que caracteriza a organização criminosa, ou seja, no mínimo quatro pessoas.

5.9. HOMICÍDIO CULPOSO

5.9.1. Previsão legal e considerações

O homicídio culposo está previsto no art. 121, §3º do CP.

> *Art. 121, § 3º Se o homicídio é culposo:*
> *Pena - detenção, de um a três anos.*

Trata-se de um crime de médio potencial ofensivo, portanto, admite a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei. 9.099/95).

Salienta-se que é um tipo penal aberto, tendo em vista que a culpa é um elemento normativo, ou seja, sua compreensão reclama um juízo de valor por parte do operador do direito. Em outras palavras, o tipo penal não contém uma descrição minuciosa da conduta criminosa.

5.9.2. Conceito

Ocorre o homicídio culposo quando o agente, com manifesta negligência, imprudência ou imperícia, deixa de empregar a atenção ou diligência de que era capaz, provocando o resultado morte, previsto (culpa consciente) ou previsível (culpa inconsciente), jamais querido ou aceito.

Segundo Rogério Sanches, entende-se por:

IMPRUDÊNCIA	NEGLIGÊNCIA	IMPERÍCIA
É a precipitação (afoiteza). O agente age sem os cuidados que o caso requer.	É a ausência de preocupação.	É a falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão.

A culpa concorrente da vítima não exime o agente de responsabilidade. O direito penal não admite compensação de culpas. Porém, a culpa concorrente da vítima pode atenuar a condenação do agente, nos termos do art. 59 do CP (comportamento da vítima).

> *Art. 59 - 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: ...*

Já quando estamos diante de culpa exclusiva da vítima (ou autocolocação da vítima em perigo), não há que se falar em responsabilização penal, porquanto há quebra do nexo causal.

5.9.3. Homicídio culposo na direção de veículo automotor

O Código de Trânsito, em seu art. 302, prevê pena de detenção de dois a quatro anos, para o crime de homicídio praticado na direção de veículo automotor. Observe:

> *Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:*
> *Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

Obs.: O CTB é aplicado sempre que o agente estiver na direção do veículo (dando direção ao veículo).

Apesar de crimes com mesmo desvalor de resultado (morte culposa), percebe-se que as penas são distintas. Por conta disso, há quem defenda (doutrina minoritária) a inconstitucionalidade do art. 302 do CTB, por violação à proporcionalidade e ao princípio da isonomia. Tal entendimento,

no entanto, não prevalece, pois, ao analisar-se o desvalor da conduta, percebe-se que o risco da conduta no trânsito, por ser maior, autoriza uma pena mais severa.

Para fixar, observe o quadro abaixo:

ART. 121, §3º do CP	Art. 302 do CTB
Norma penal	Norma especial ("na direção de veículo automotor)
Pena de 1 a 3 anos	Pena de 2 a 4 anos
Infração de médio potencial ofensivo	Infração de grande potencial ofensivo

5.9.4. Causas de aumento da pena

A primeira parte do art. 121, §4º do CP traz as causas de aumento para o crime de homicídio culposo, que irão incidir na terceira fase da dosimetria da pena.

Art. 121, § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício (1), ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima (2), não procura diminuir as consequências do seu ato (3), ou foge para evitar prisão em flagrante (4).

Obs.: Importante consignar que o art. 121, §4º do CP não se aplica ao homicídio culposo na direção de veículo automotor.

1) Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício

Na imperícia, também chamada de culpa profissional, o agente não possui instrumentos práticos e teóricos para o desempenho de suas funções, embora devidamente autorizado a desempenhá-la. Por exemplo, João formado em medicina, especializou-se em cardiologia. Apesar de estar devidamente autorizado pelo CRM, João não sabe fazer cirurgias cardíacas.

Por lado, na inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, o agente ignora regra básica do exercício da provisão, embora tenha conhecimento teórico e prático. Por exemplo, o cirurgião cardíaco não higieniza as mãos e o paciente é contaminado e morre.

Indaga-se: ***é possível a aplicação da causa de aumento quando o homicídio culposo for praticado com imperícia? Há bis in idem***? De acordo com o STF (HC 95.078), nada impede que o agente responda por homicídio culposo por imperícia e que incida a causa de aumento da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Não haverá *bis in idem*, desde que existam duas causas diversas, uma caracterizando a imperícia e a outra a causa de aumento da pena. Por exemplo, o cardiologista irá fazer um cirurgia e opta por uma técnica diferente (imperícia) e não higieniza as mãos (causa de aumento).
Por outro lado, o STJ (Info 520 – HC 63.929) possui entendimento de que não caracteriza *bis in idem*, afirmando que o legislador, ao estabelecer a circunstância especial de

aumento de pena prevista no referido dispositivo legal, pretendeu reconhecer maior reprovabilidade à conduta do profissional que, embora tenha o necessário conhecimento para o exercício de sua ocupação, não o utilize adequadamente, produzindo o evento criminoso de forma culposa, sem a devida observância das regras técnicas de sua profissão. De fato, caso se entendesse caracterizado o bis in idem na situação, ter-se-ia que concluir que essa majorante somente poderia ser aplicada se o agente, ao cometer a infração, incidisse em pelo menos duas ações ou omissões imprudentes ou negligentes, uma para configurar a culpa e a outra para a majorante, o que não seria condizente com a pretensão legal.

Por fim, aplica-se apenas ao profissional, que deve ser cauteloso no desempenho de suas funções.

2) Se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima

A exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal prevê que se aplica, principalmente, aos crimes culposos de trânsito. Contudo, atualmente, a omissão de socorro nos crimes de trânsito está disciplinada no CTB.

A referida majorante está fundamentada na solidariedade humana, aplica-se apenas ao responsável pelo crime culposo que não prestou o imediato socorro à vítima.

Imagine, por exemplo, que Camila, andando de bicicleta, atropela e mata culposamente João e não presta imediato socorro à vítima. Fernanda presencia o crime e vai embora, sem nada fazer.

Indaga-se: ***por qual crime Camila irá responder? E Fernanda***? Camila responderá por homicídio culposo majorado, nos termos do art. 121, §§3º e 4º do CP. Já Fernanda irá responder por omissão de socorro, nos termos do art. 135 do CP.

De acordo com o entendimento jurisprudencial (STJ – HC 269.038) a morte instantânea da vítima não afasta a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP, a não ser que o óbito seja evidente, isto é, perceptível por qualquer pessoa.

Obs.: não incide o aumento da pena quando o sujeito deixou de prestar socorro porque não tinha condições de fazê-lo, seja por questões físicas (exemplo: também foi gravemente ferido pela conduta que matou a vítima), seja porque o comportamento exigido em lei a ele representava risco pessoal (exemplo: ameaça de linchamento)

3) Se o agente não procura diminuir as consequências de seus atos

Está diretamente relacionada à causa de aumento pela omissão de socorro. Por exemplo, o agente deixa de prestar socorro à vítima, por absoluta impossibilidade, mas poderia ter ligado para a ambulância e não o fez.

4) Se o agente foge para evitar prisão em flagrante

De acordo com Cleber Masson, trata-se de majorante de duvidosa constitucionalidade, tendo em vista que essa causa de aumento obriga a produzir prova contra si mesmo e sucumbir ao seu instinto natural de liberdade.

Destaca-se que não há que se falar em agravante quando o agente foge do local como forma de autodefesa, como no caso de correr o risco de ser linchado por populares (nesse caso, há espécie de estado de necessidade).

Veja como já foi cobrado:

(2018) DPE/PE: A pena pela prática do homicídio ~~doloso simples~~ culposo será aumentada de um terço se o agente deixar de prestar imediato socorro à vítima, não procurar diminuir as consequências do seu ato ou fugir para evitar a prisão em flagrante. Errado!

5.9.5. Perdão judicial

O art. 121, §5º do CP prevê que, no caso de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena quando as consequências de o crime atingirem o seu autor e forem tão grave a ponto de tornarem a sanção penal desnecessária, é o chamado perdão judicial.

> *Art. 121, § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.*

Veja como **já foi cobrado**:

(2018) DPE/PE: Em se tratando de homicídio ~~doloso simples~~ culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena caso as consequências da infração atinjam o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Errado!

Em outras palavras, perdão judicial é um instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática de um fato típico e ilícito, por um sujeito comprovadamente culpado, deixa de lhe aplicar a pena nas hipóteses ***taxativamente previstas em lei***, levando em consideração determinadas circunstâncias que concorrem para o evento. O Estado perde o interesse de punir.

Obs.: Não é necessária qualquer relação entre o agente e vítima. Por exemplo, homicídio culposo em que o agente fica tetraplégico. É errado aquele falso dogma de que a vítima fatal deve ser o filho do agente ou coisa que o valha.

O perdão judicial é aplicação do Princípio da Bagatela Imprópria, uma vez que o fato é típico e ilícito, mas se extingui a pena, ante a sua desnecessidade. Importante consignar que na bagatela própria o fato é atípico, em razão da insignificância da lesão ou do perigo de lesão.

Possui natureza jurídica de causa extintiva de punibilidade.

Ademais, presentes os requisitos legais o juiz DEVE perdoar. Hoje, prevalece o entendimento segundo o qual o perdão judicial é um direito público subjetivo de liberdade do agente, e não uma faculdade do magistrado.

Destaca-se que o perdão judicial não se confunde com o perdão do ofendido. Observe o quadro abaixo:

PERDÃO JUDICIAL	PERDÃO DO OFENDIDO
Unilateral – não há como recusar	Bilateral – precisa ser aceito
Cabível nas hipóteses taxativamente previstas.	Cabível na ação penal privada

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) DPE/MG: O perdão judicial constitui causa extintiva de punibilidade que afasta os efeitos da sentença condenatória e, diferentemente do perdão do ofendido, não precisa ser aceito para gerar efeitos. Correto!

Importante consignar, ainda, que o ônus da prova da ocorrência dos requisitos à concessão do perdão cabe ao agente, ou seja, na falta de êxito na atividade probatória quem sofre as consequências pela ausência de provas é o agente. Vale dizer, aqui não se aplica o *in dubio pro reo*, exatamente pelo fato de o ônus da prova ser da defesa.

Em que pese a divergência doutrinária, prevalece o entendimento segundo o qual a natureza jurídica da decisão concessiva do perdão judicial é de sentença declaratória de extinção de punibilidade. Dessa forma, não se presta a marco interruptivo prescricional, tampouco gera qualquer efeito penal ou extrapenal, típicos das sentenças condenatórias.

> ***STJ Súmula: 18 -*** *A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.*

Entretanto, como se trata de sentença que reconhece culpa, sempre pressupõe o devido processo legal. Entendendo ser sentença declaratória extintiva da punibilidade, ainda que haja perdão, o sujeito tem o direito de se defender em juízo.

Obs.: Em pese posição contrária, a doutrina amplamente majoritária entende que o perdão judicial só poderá ser concedido após o devido processo legal, não poderá ser concedido no inquérito policial, como fundamento para o arquivamento.

5.10. VAMOS TREINAR?

Com o intuito complementar seus estudos, selecionamos algumas questões dos anos de 2020, 2019, 2018 e 2017 das provas para Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Delegado de Polícia, para acessar basta clicar QConcursos que você será redirecionado para as questões no site.

6. INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO OU A AUTOMUTILAÇÃO

6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Trata-se de crime doloso contra a vida (automutilação não), portanto, será de competência do Tribunal do Júri (automutilação não). Encontra-se disciplinado no art. 122 do Código Penal, teve sua redação alterada pela Lei 13.968/2019 a fim de incluir a participação em automutilação.

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: ***(Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)***
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. ***(Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 3º A pena é duplicada: ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código. ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***

Segundo lecionada Rogério Sanches, "*errou o legislador. Misturou, no mesmo tipo penal, comportamentos manifestamente distintos. Cumulou na mesma redação típica crime doloso contra a vida e crime de natureza diversa. Não que o delito de participação em automutilação não merecesse punição própria. Apenas deveria estar tipificado em outro artigo, como, por exemplo, art. 129-A topograficamente mais coerente. As penas cominadas aos dois comportamentos também merecem críticas. As condutas relativas ao suicídio e à automutilação têm exatamente as mesmas consequências penais, algo absolutamente desproporcional em virtude das diferenças essenciais entre as condutas punidas: enquanto as primeiras buscam a eliminação da vida, as outras se limitam à lesão corporal.*"

6.2. CONCEITOS

6.2.1. Suicídio

Consiste na eliminação voluntária e direta da própria vida, é necessário que a pessoa tenha intenção positiva de acabar com a sua vida. Também chamado de autocídio ou de autoquiria.

Não se pune, no Brasil, a conduta da pessoa que tira a sua própria vida ou tenta tirar, mas não consegue por circunstâncias alheias a sua vontade. A conduta incriminadora, prevista na primeira parte do art. 122 do CP, é a do terceiro que participa instigando, induzindo ou auxiliando a pessoa a eliminar a própria vida.

Perceba, portanto, que apenas a vida alheia é protegida criminalmente.

A participação em suicídio é crime de menor potencial ofensivo, admitindo a transação penal (desde que não incidam as causas de aumento) e suspensão condicional do processo (apenas no caso do caput e do §1º).

Por fim, Rogério Sanches salienta que admitida a transação penal no *caput*, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, §2º, I, do CPP.

6.2.2. Automutilação

A automutilação consiste na conduta de ofender a própria integridade corporal, mas sem a vontade de cometer suicídio, a exemplo de cortes nas pernas, nos braços. Assim como no suicídio, a automutilação, por si só, não é considerada crime. Pune-se a conduta daquele que auxilia, instiga ou induz ao suicídio e à automutilação.

Rogério Sanches aponta que "*o fundamento para a tipificação de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação reside no número cada vez maior de casos ocorridos especialmente por meio da internet e entre jovens, estimulados a participar de jogos que envolvem lesões a seu próprio corpo e que não raro os levam à morte. Muito embora o tipo penal não restrinja as condutas aos meios eletrônicos nem tutele exclusivamente menores de idade ou vulneráveis, não há dúvida de que são eles que, com acesso muitas vezes irrestritos à internet, acabam sendo alvos das condutas punidas.*"

Igualmente, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, admite a transação penal (desde que não incidam as causas de aumento) e a suspensão condicional do processo (apenas no caso do caput e do §1º). Contudo, como não é crime doloso contra a vida, será julgado, na forma simples, pelo JECrim.

Salienta-se que haverá crime preterdoloso quando da automutilação resultar morte, mas não será da competência do júri, uma vez que a morte decorreu de uma conduta culposa.

6.3. SUJEITOS DO CRIME

6.3.1. Sujeito ativo

Trata-se de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode induzir, instigar ou auxiliar ao suicídio.

Admite tanto coautoria quanto participação.

6.3.2. Sujeito passivo

Qualquer pessoa capaz de ser induzida, instigada ou auxiliada, ou seja, qualquer pessoa capaz de resistir à conduta do sujeito ativo. Se o agente induz um incapaz, a incapacidade passará a ser um instrumento de que se vale o agente para realizar um homicídio ou lesão corporal, logo, haverá o crime tipificado pelo art. 121 ou do art. 126, na forma de autor mediato. É o que se pode extrair dos §§ 6º e 7º do art. 122 do CP:

> *Art. 122,*
> *§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)*
> *§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.* ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***

Destaca-se que a vítima deve ser determinada, isso significa que sendo a vítima pessoa incerta e indeterminada, não estará configurado o crime. Por exemplo, autor de livro que incita seus leitores a se suicidarem ou se automutilarem não é sujeito ativo do crime em análise. O fato é atípico pela indeterminação da vítima.

6.4. CONDUTA

É crime plurinuclear, ou seja, há mais de uma forma de praticar o crime. Observe:

INDUZIR	INSTIGAR	AUXILIAR
Faz nascer a ideia do suicídio ou de automutilação	Reforça a ideia, que já existia, de suicídio ou de automutilação.	Presta efetiva assistência material. Por exemplo, empresta a corda para que ocorra o enforcamento (suicídio) ou empresta o canivete para que a vítima se corte (automutilação).
Participação moral	Participação moral	Participação material

Com o advento da Lei 13.968/2019, não se exige nenhum resultado lesivo, basta a prática de uma das condutas descritas sobre determinada pessoa.

Os §§1º e 2º do art. 122 qualificam o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio ou à automutilação, quando resultam lesão corporal grave (incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração de parto) ou gravíssima (Incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade

incurável; perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade permanente; aborto) e morte.

Indaga-se: ***<u>As modalidades induzir e instigar pressupõem obrigatoriamente uma conduta comissiva. Entretanto, quanto à modalidade auxiliar, seria possível sua punição da modalidade omissiva, vale dizer, existe auxílio ao suicídio por omissão?</u>***

1ª C – Não, pois a expressão 'prestar auxílio' indica uma ação, jamais omissão (Frederico Marques).

2ª C (PREVALECE) - É perfeitamente possível, desde que o omitente tenha o dever jurídico de agir (omissão penalmente relevante). Exemplo: Pai não impede suicídio do filho (Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Greco).

Salienta-se que o auxílio deve ser sempre acessório, não podendo intervir diretamente nos atos executórios, sob pena de transformar-se em homicídio (suicídio) ou lesão corporal (automutilação).

O suicídio é um fato atípico, porém configura uma agressão injusta. Tanto é assim que a coação exercida sobre o suicida, com o fim de impedi-lo de se auto exterminar, configura hipótese de legítima defesa de terceiro, nos termos do art. 146, §3º, II do CP. Rogério entende que deve ser aplicado também para automutilação.

CP Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
...
§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:
...
II - a coação exercida para impedir suicídio.

6.5. TIPO SUBJETIVO (VOLUNTARIEDADE)

Somente é punido a título de dolo direto ou eventual, expressado pela consciente vontade de induzir, instigar ou auxiliar alguém a se suicidar ou a se automutilar.

Não há forma culposa para a instigação, o induzimento e o auxílio ao suicídio ou à automutilação.

6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Antes da Lei 13.968/2019 havia três correntes acerca da consumação e tentativa, isso porque era considerado um crime condicionado, tendo em vista que só era punida com a produção do resultado naturalístico.

Observe o quadro abaixo (divergência antes da alteração legislativa):

Hungria, Aníbal Bruno (clássicos)	Mirabete, Damásio, Nucci (modernos) PREVALECE	Bitencourt
Induzir, instigar e auxiliar configuravam a consumação do crime (crime formal). A <u>punibilidade ficava condicionada</u> ao resultado morte ou lesão grave (condições objetivas de punibilidade).	Induzir, instigar e auxiliar configuravam a execução do crime. A morte ou lesão configuravam consumação (crime material). Crítica à primeira corrente: Condição objetiva de punibilidade não faz parte do dolo do agente, e a morte da vítima no art. 122 faz parte do dolo do agente.	Induzir, instigar e auxiliar configuravam execução. Resultado morte era a consumação. Resultado *Lesão grave* configurava tentativa. É uma tentativa punida de forma *sui generis*, que não precisa da norma de extensão do art. 14, II. Fundamento: preceito secundário do art. 122. Crítica: Porém, a tentativa mencionada no preceito se refere ao suicídio (que não é crime) e não ao induzimento.
1ª: O agente induz e vítima morre → art. 122 consumado e punível. 2ª: O agente induz e vítima se lesiona gravemente → art. 122 consumado e punível. 3ª: O agente induz, mas vítima não se mata nem se lesiona → Crime consumado, porém impunível. OBS: Não admite tentativa.	1ª: Crime consumado, punível de 02 a 06. 2ª: Crime consumado, punível de 01 a 03. 3ª: Fato atípico. OBS: Não admite tentativa.	

Após a Lei 13.968/2019, não há mais sentido na divergência acima. Isto porque a punição não está condicionada à lesão corporal ou a morte. O *caput* se contenta com o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio ou à automutilação, que poderão ser qualificados pela lesão grave ou gravíssima (§1º) e pela morte (§2º). Caso ocorra lesão leve, estará caracterizado o crime, devendo o juiz considerar para a fixação da pena base.

É perfeitamente possível a tentativa.

6.7. MAJORANTE DE PENA

As causas de aumento de pena estão previstas nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 122. Vejamos:

> *Art. 122,*
> *§ 3º A pena é duplicada:* ***(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***

*I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; **(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
*II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. **(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
*§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. **(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***
*§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. **(Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)***

6.8. COMPARATIVO

Com o intuito de facilitar a compreensão do tema, observe o quadro abaixo[1]:

Instigar, induzir ou auxiliar ao suicídio ou à automutilação	
Vítima maior e capaz	Não sofre qualquer lesão ou sofre lesão leve (devendo a natureza da lesão ser considerada na pena-base) – art. 122, *caput.* Pena de 6 meses a 2 anos.
	Sofre lesão grave ou gravíssima – art. 122, §1º. Pena de 1 a 3 anos.
	Morre – art. 122, §2º. Pena de 2 a 6 anos.
Vítima é menor (entre 14 e 18 anos) ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência	Não sofre qualquer lesão ou a lesão é leve – art. 122, *caput*, c/c §3º, II. Pena de 6 meses a 2 anos é duplicada.
	Sofre lesão grave ou gravíssima – art. 122, §1º, c/c §3º. Pena de 1 a 3 anos é duplicada.
	Morre – art. 122, §2º, c/c §3º, II. Pena de 2 a 6 anos é duplicada
Vítima menor de 14 anos ou contra quem, por enfermidade ou doença mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra	Não sofre qualquer lesão ou a lesão é leve – art. 122, *caput*, c/c §3º, II. Pena de 6 meses a 2 anos é duplicada. Obs.: Rogério Sanches discorda da consequência legal. Sendo a vítima incapaz, deve o agente responder pelo art. 121 do CP, na forma tentada.

1 Feito com base no quadro-resumo do Professor Rogério Sanches, disponibilizado na página 97 de seu Manual de Direito Penal – Parte Especial, Edição 2020.

causa, não pode oferecer resistência.	Sofre lesão grave – art. 122, §1º, c/c §3º. Pena de 1 a 3 anos é duplicada. Obs.: Rogério Sanches discorda da consequência legal. Sendo a vítima incapaz, deve o agente responder pelo art. 121 do CP, na forma tentada.
	Sofre lesão gravíssima – art. 122, §6º, aplica-se o tipo e as penas do art. 129, §2º do CP. Pena de 2 a 8 anos.
	Morre – art. 122, §7º, aplica-se o tipo penal e as penas do art. 121 do CP. Segundo Rogério Sanches, não poderia ser diferente, tendo em vista que não existe suicídio quando o ofendido é incapaz. Obs.: em relação à automutilação, Rogério entende que o tipo e as penas devem ser do art. 129, §3º. Não existe automutilação quando a vítima é incapaz.

6.9. DUELO AMERICANO E ROLETA RUSSA

No chamado “duelo americano” há duas armas, uma está municiada e a outra não, cada participante escolhe uma e dispara conta a própria cabeça.

O sobrevivente (“vencedor”) irá responder pelo crime do art. 122 do CP, tendo em vista que instigou, induziu ou auxiliou ao suicídio.

Na “roleta russa” há apenas uma arma e o tambor possui apenas uma munição. De forma aleatória e contando com a “sorte”, os envolvidos disparam contra a própria cabeça.

O sobrevivente (“vencedor”) irá responder pelo crime do art. 122 do CP, tendo em vista que instigou, induziu ou auxiliou ao suicídio.

6.10. PACTO DE MORTE

Também chamado de ambicídio. Aqui, duas pessoas pactuam as próprias mortes.

Imagine, por exemplo, que os namorados João e Maria decidem ceifar suas vidas, para isso se trancam no carro, dentro da garagem fechada, após João cortar a mangueira de gás.

1ª Hipótese – João sobrevive e Maria morre. Neste caso, João irá responder por homicídio.

2ª Hipótese – João morre e Maria sobrevive. Aqui, Maria responde por participação em suicídio.

3ª Hipótese – João e Maria sobrevivem. Neste caso, João responderá por tentativa de homicídio e Maria por induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, na forma simples ou qualificada (havendo lesões).

6.11. TESTEMUNHA DE JEOVÁ

Em relação à conduta do testemunha de Jeová que se nega a receber sangue ou impede que o filho receba, Rogério Sanches, citando Rogério Grego, pontua que:

a) *"Sendo imprescindível a transfusão, mesmo a vítima sendo maior e capaz, tal comportamento deve ser encarado como tentativa de suicídio, devendo o médico intervir, pois está na posição de garantidor*;

b) Os pais, subtraindo o filho menor da necessária intervenção cirúrgica, responderão por homicídio, pois naturais garantidores do filho, sendo inaceitável a tese da inexigibilidade de conduta diversa."

6.12. DESAFIOS DA "BALEIA AZUL", "MOMO" etc.

A criminalização da participação em automutilação foi uma resposta do legislador ao "desafio da baleia azul" e "desafio momo", em que determinada pessoa instigava crianças e adolescentes a ferir sua própria integridade corporal.

Rogério Sanches[2] aponta três situações acerca da responsabilidade criminal pelo induzimento, instigação ou auxílio à automutilação. Vejamos:

a) Se o participante do grupo é capaz de entendimento, o responsável comete o crime do art. 122 do CP;

b) Se o participante é menor de 14 anos ou, por outro meio, não tem capacidade de entendimento, o responsável comete homicídio ou lesão corporal, conforme o caso (art. 122, §§6º e 7º);

c) Se o participante não é incapaz, mas é menor entre 14 e 18 anos:

- Não sofre qualquer lesão ou a lesão é leve – art. 122, caput, c/c §3º, II.
- Sofre lesão grave ou gravíssima – art. 122, §1º, c/c §3º.
- Morre – art. 122, §2º, c/c §3º, II.

Por fim, pontua Rogério Sanches "*o fato de o crime ser cometido pela rede mundial de computadores não atrai a competência da Justiça Federal. Não se trata da mesma situação que envolve os crimes de pornografia infantil, que, por tratado, o Brasil se obrigou a reprimir. O crime envolvendo o Desafio da Baleia Azul não se insere em nenhum dos incisos do art. 109 da CF, razão por que a competência é estadual, mesmo que a investigação seja eventualmente promovida pela Polícia Federal.*"

2 Manual de Direito Penal – Parte Especial, Edição 2020, página 99.

7. INFANTICÍDIO

7.1. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO

O crime de infanticídio, previsto no art. 123 do CP, consiste em um homicídio privilegiado, praticado pela mãe contra o próprio filho (nascente ou neonato), durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal (critério fisiopsíquico).

Veja como **já foi cobrado**:

(2019) MPE/MG: Em relação ao crime de infanticídio, a lei brasileira não adotou o critério psicológico, mas sim o critério fisiopsicológico, levando em conta o desequilíbrio oriundo do processo do parto. Correto!

Observe a redação do art. 123 do CP:

> *Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:*
> *Pena - detenção, de dois a seis anos.*

Perceba que a pena cominada é de 2 a 6 anos, portanto, trata-se de uma infração de grande potencial ofensivo, não é possível a aplicação da transação e da suspensão condicional do processo, nem do acordo de não persecução penal.

Trata-se de crime doloso contra a vida, de competência do Tribunal do Júri. Ademais, não é considerado crime hediondo, tendo em vista que não está previsto no rol taxativo da Lei de Crimes Hediondos.

7.2. "SOB INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL"

Pertinente distinguirmos puerpério de estado puerperal, tendo em vista que não se confundem.

PUERPÉRIO	ESTADO PUERPERAL
É o período que se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez.	É o estado que envolve a parturiente durante e logo após e expulsão da criança do ventre materno. Provoca profundas alterações físicas e psíquicas, que chegam a transtornar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo.

Destaca-se que para que se trate de infanticídio e não de homicídio, não basta que a agente esteja no período de puerpério (se bastasse, estaríamos diante de um critério meramente biológico), tampouco é suficiente que esteja em estado puerperal. É imprescindível que sua conduta tenha sido influenciada por esse estado. Diz-se, por isso, que o Brasil adotou o critério fisiopsíquico ou biopsíquico na definição do delito de infanticídio.

Importante consignar que, dependendo do grau de desequilíbrio fisiopsíquico, a parturiente pode ser tratada como semi-imputável (CP, art. 26, parágrafo único) ou até mesmo inimputável (CP, art. 26, caput).

7.3. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

O tipo penal do infanticídio é manifestação do Princípio da Especialidade, tendo em vista que possui três elementos especializantes, quais sejam:

a) Sujeito ativo e sujeito passivo específico – mãe e filho;

b) Condição de tempo – durante ou logo após o parto;

c) Condição fisiopsíquica - influência do estado puerperal.

Portanto, a ausência de qualquer elemento especializante caracteriza o crime de homicídio, não estando configurado o infanticídio.

7.4. SUJEITO ATIVO

É crime próprio, tendo em vista que exige qualidade especial do agente: parturiente sob influência do estado puerperal.

Em relação ao concurso de pessoas, há duas correntes. Observe:

1ª C: Não se admite concurso de pessoas, pois o estado puerperal é condição personalíssima incomunicável (Aníbal Bruno).

2ª C (PREVALECE): Admite concurso de pessoas, pois nos termos do art. 30 do CP não existe condição personalíssima, mas sim condição pessoal, comunicável quando elementar, como é o caso do estado puerperal.

Em se admitindo a existência de concurso, três situações podem ocorrer (sempre considerando que a parturiente está agindo sob influência do estado puerperal e que o terceiro tem conhecimento disso):

1ª HIPÓTESE	2ª HIPÓTESE	3ª HIPÓTESE
Parturiente e médico executam o verbo matar.	Parturiente, auxiliada pelo médico, executa o verbo matar	Médico, auxiliado pela parturiente, executa o verbo matar.
Parturiente responderá por infanticídio e o médico será <u>coautor de infanticídio</u>	Parturiente responderá por infanticídio e o médico será <u>partícipe de infanticídio</u>	Tecnicamente, ambos deveriam responder por homicídio, visto que a parturiente instiga o médico a realizar a conduta prevista no art. 121, caput do CP. No entanto, tal conclusão levaria a uma desproporcionalidade, porquanto a mãe ao instigar teria uma pena mais grave do que se tivesse executado o delito. Para fugir dessa incongruência, duas correntes apresentam soluções: **1ª C (PREVALECE)**: Ambos respondem por infanticídio, com base na Teoria Monista (Nucci, Rogério Greco). **2ª C**: Ela responde pelo art. 123; ele responde pelo art. 121, numa exceção pluralista à teoria monista (Flávio Monteiro de Barros).

7.5. SUJEITO PASSIVO

Assim como sujeito ativo, o sujeito passivo também é próprio: filho (a) nascente (está nascendo) ou neonato (acabou de nascer). Portanto, perceba que o infanticídio é um crime bipróprio, tendo em vista que exige qualidade especial tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo.

Obs.: Mesmo nascente ou neonato inviável é sujeito passivo (e objeto material) do delito de infanticídio.

Indaga-se: ***<u>o que acontece se a mãe, sob influência do estado puerperal, mata por engano outra criança recém-nascida no lugar de seu filho?</u>*** Estaremos diante de um erro quanto à pessoa (*aberratio ictus*), regulamentado pelo art. 20, §3º do CP. Diante

disso, a mãe responderá por infanticídio, considera-se as características da vítima virtual, é o que a doutrina chama de infanticídio putativo.

7.6. CONDUTA

O infanticídio é um crime de execução livre, assim a conduta de matar consistirá em uma ação (asfixia, por exemplo) ou em uma omissão (deixa de realizar ações necessárias à sobrevivência do bebê, por exemplo falta de amamentação).

Salienta-se que a conduta, conforme disposto no art. 123 do CP, deve ser praticada ***durante ou logo após o parto***, ou seja, enquanto perdurar o estado puerperal (conforme prevê a jurisprudência). Importante consignar que a análise da duração do estado puerperal deve ser realizada considerando cada caso.

Por fim, para fixar:



7.7. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual), não admitindo a modalidade culposa.

Em relação ao crime cometido pela mãe que culposamente mata o filho, durante o estado puerperal, há duas correntes:

1ª C: O fato é atípico, pois se mostra inviável, na hipótese, atestar a ausência de prudência normal em mulher desequilibrada psiquicamente (Damásio e minoria).

2ª C: O estado puerperal não elimina a capacidade de diligência normal e esperada do ser humano, configurando homicídio culposo. Além disso, o estado puerperal é uma circunstância de pena e não excludente de crime (Hungria, Bitencourt, Noronha e MAIORIA).

7.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação do infanticídio ocorre com a morte (cessação da vida encefálica) do nascente ou neonato. Portanto, trata-se de crime material.

Por sem um crime plurissubsistente, ou seja, de execução fracionada, é perfeitamente possível a tentativa.

7.9. INFANTICÍDIO x ABANDONO DE RECÉM NASCIDO COM RESULTADO MORTE

O infanticídio, previsto no art. 123 do CP, não se confunde com o crime do art. 134, §2º do CP. Observe as diferenças:

INFANTICÍDIO	ABANDONO DE RECÉM NASCIDO COM RESULTADO MORTE
Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.	Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: § 2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos
Crime contra a vida	Crime de perigo contra a vida
Dolo de dano (“quer matar”)	Dolo de perigo (“quer expor a vida a risco”)
Morte dolosa	Morte culposa
Tribunal do Júri	Juiz Comum

8. ABORTO

8.1. CONCEITO

O aborto consiste na interrupção da gravidez que resulta na morte do produto da concepção (feto), podendo ocorrer dentro ou fora do útero materno.

Segundo Darci Arruda Miranda, o crime deveria ser chamado de abortamento, sendo o aborto o seu resultado.

Indaga-se: ***em que momento se inicia intrauterina?*** O início da gravidez, de acordo com a biologia e a medicina, ocorre com a fecundação (encontro do espermatozoide com o óvulo). Contudo, para o Direito Penal o início da vida intrauterina ocorre com a nidação, ou seja, com a implementação do óvulo fecundado no útero materno. Isso porque algumas pílulas anticoncepcionais (pílula do dia seguinte) e o DIU impedem que o óvulo fecundado se implante no útero, se considerássemos a fecundação, haveria aborto o uso de tais métodos. .

Cleber Masson afirma que a pílula do dia seguinte e o DIU são excludentes de ilicitude, pelo exercício regular de um direito.

8.2. ESPÉCIES

Antes de analisarmos os casos em que o aborto é considerado crime, importante distinguirmos suas espécies.

Espécies de aborto	
Aborto Natural	É a interrupção espontânea da gravidez. Geralmente, por razões patológicas, o organismo da mulher elimina o feto. Não é crime, trata-se de um indiferente penal.
Aborto Acidental	É a interrupção da gravidez provocada por traumatismos, a exemplo de um acidente de carro. Não há crime, por falta de dolo. O fato é atípico.
Aborto Criminoso	É a interrupção doloso da gravidez. É crime, regulamentados nos arts. 124 a 127 do CP.
Aborto Legal ou Permitido	É a interrupção da gravidez autorizada por lei, devendo ser praticado por médico. Está disciplinado no art. 128 do CP, não há crime.
Aborto miserável ou econômico-social	É a interrupção da gravidez para não agravar a situação de miserabilidade da mãe ou de sua família. É crime.
Aborto *honoris causa*	É a interrupção da gravidez fruto adultério. É crime.
Aborto Eugênico ou Eugenésico	A interrupção da gravidez que visa evitar o nascimento de criança com graves deformidades genéticas.

8.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Como mencionado, o aborto é um crime contra a vida. Protege-se a vida humana de maneira ampla, incluindo o produto da concepção que é o feto.

AUTOABORTO	CONSENTIMENTO PARA O ABORTO	ABORTO CONSENSUAL	ABORTO SEM CONSENTIMENTO
Art. 124 - **Provocar aborto em si mesma** ou consentir que outrem lhe provoque	Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou **consentir que outrem lhe provoque**	Art. 126 - Provocar aborto **COM** o consentimento da gestante	Art. 125 - Provocar aborto, **SEM** o consentimento da gestante:
Protege-se apenas o direito à vida do feto.			Protege-se o direito à vida do veto, bem como a integridade física e psíquica da gestante.

8.4. OBJETO MATERIAL

Trata-se do feto em sentido amplo, ou seja, inclui o óvulo fecundado, o embrião e o feto propriamente dito.

Importante destacar que primeira turma do STF, no HC 124306/RJ, entendeu que o aborto, **até o terceiro mês da gestação, não é crime**. Ressalta-se que a matéria é da 1ª Turma do STF, não do Pleno. Assim, sua aplicação não é geral, mas específica ao caso concreto, até mesmo porque foi uma decisão proferida em HC. Ou seja, não se aplica a todo e qualquer caso análogo. Por óbvio, como toda decisão do STF, pode ser suscitada pela defesa em sede de precedente.

Caso concreto: foi impetrado um HC para revogação da preventiva de cinco pessoas, processadas pelo crime de abordo, praticado em uma clínica clandestina em Duque de Caxias. A defesa alegava a descriminalização do ato. Em 2014, o Min. Marco Aurélio, concedeu limitar para que cinco médicos e cinco funcionários da clínica fossem soltos, que estavam presos preventivamente.

Novamente, o caso chegou ao STF, que decidiu, especificamente, para o caso concreto que não configurava a caracterização de crime, tendo em vista que os abortos foram realizados nas fases iniciais do desenvolvimento gestacional, no entender do Min. Barroso.

Inclusive, o Min. Barroso, fez as seguintes ponderações:

a) A autonomia da mulher, sua integridade física e psíquica, seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero, imputa que a ela não seja obrigada a carregar o ônus integral de uma gravidez;

b) Homem não engravida. Assim, somente haverá igualdade plena, quando for conferido à mulher o direito de decidir acerca da manutenção ou não do estado gestacional;

c) A criminalização do aborto causa uma discriminação contra as mulheres pobres, as quais não podem recorrer a um procedimento médico e seguro. Enquanto as que possuem condições pagam clínicas particulares.

d) O sistema nervoso central do feto, nos estágios iniciais da gestação, ainda não está formado. Portanto, não existe nenhum dano a prática do procedimento abortivo.

Assim, como os abortos foram realizados no início da fase gestacional, até o terceiro mês, não há crime algum. Por fim, ressalta-se que para que a decisão seja válida *erga omnes* será necessário decisão do pleno.

Ressalta-se que o crime de aborto exige prova da gravidez, o feto deve estar no útero materno. Portanto, no caso de gravidez molar (desenvolvimento anormal do zigoto – não há tecnicamente um feto) e gravidez extrauterina (gravidez ectópica) não há se falar em crime de aborto.

8.5. SUJEITO ATIVO

O sujeito ativo poderá ser a gestante ou terceiro, conforme a modalidade de aborto. Com o intuito de facilitar sua compreensão, observe o quadro abaixo:

<table>
<tr><th>AUTOABORTO</th><th>CONSENTIMENTO PARA O ABORTO</th><th>ABORTO SEM CONSENTIMENTO</th><th>ABORTO CONSENSUAL</th></tr>
<tr><td>Art. 124 - <u>Provocar aborto em si mesma</u> ou consentir que outrem lhe provoque</td><td>Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou <u>consentir que outrem lhe provoque</u></td><td>Art. 125 - Provocar aborto, SEM o consentimento da gestante:</td><td>Art. 126 - Provocar aborto COM o consentimento da gestante</td></tr>
<tr><td colspan="2">Gestante</td><td colspan="2">Terceiro (qualquer pessoa diversa da gestante).
Obs.: Pode ser um médico, mas não é obrigatório que o seja.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Crime de mão própria (de atuação pessoal ou de conduta infungível), ou seja, somente pode ser praticado pela pessoa expressamente indicada no tipo penal.</td><td colspan="2">Crime comum, ou seja, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.</td></tr>
</table>

8.6. SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo será apenas o feto ou o feto e a gestante a depender da modalidade de aborto.

Assim, teremos:

AUTOABORTO	CONSENTIMENTO PARA O ABORTO	ABORTO SEM CONSENTIMENTO	ABORTO CONSENSUAL
Art. 124 - **Provocar aborto em si mesma** ou consentir que outrem lhe provoque	Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou **consentir que outrem lhe provoque**	Art. 125 - Provocar aborto, **SEM** o consentimento da gestante:	Art. 126 - Provocar aborto **COM** o consentimento da gestante
Apenas o feto		Feto e a gestante Obs.: Crime de dupla subjetividade passiva, ou seja, possui obrigatoriamente dois sujeitos passivos.	Apenas o feto

Obs.: Segundo Mirabete, em posição isolada, o feto não poderia ser titular de direito, possuía mera expectativa de vida. Portanto, não poderia ser vítima do crime de aborto. O sujeito passivo seria o Estado ou a comunidade nacional.

8.7. MEIOS DE EXECUÇÃO

O aborto, em qualquer de suas modalidades, é um crime de forma livre. Ou seja, admite qualquer meio de execução, podendo ser praticado por ação (ingerir medicamento abortivo) ou por omissão (quem se omitiu tinha o dever de agir para evitar o resultado, por exemplo gravidez de risco que exige repouso, dolosamente a gestante pratica atividade física). Poderá ser físico e psíquico.

Ressalta-se que o meio de execução deve ser eficaz. Caso seja absolutamente ineficaz estará caracterizado o crime impossível.

8.8. ELEMENTO SUBJETIVO

O aborto criminoso é essencialmente doloso, seja o dolo direito (quis produzir o abordo) ou seja o dolo eventual (assumiu o risco de produzir o aborto).

Destaca-se que não se admite o aborto culposo como crime contra a vida. Contudo, o agente que produz aborto de forma culposa responde por lesão culposa contra mulher, uma vez que os ferimentos nela produzidos são consequências do aborto.

Caso o aborto culposo seja decorrente de culpa da própria gestante, não haverá crime de aborto e nem o crime de lesão culposa (não se pune a autolesão). Trata-se de decorrência do Princípio da Alteridade, ou seja, não há crime na conduta que prejudica somente quem praticou.

Indaga-se: ***o agente que agride gestante com o dolo de lesão corporal (não quer provocar aborto com a agressão – sem dolo de aborto), mas provoca o aborto. Responde por qual delito?*** Irá responder por lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, V,

do CP). Perceba que se trata de crime preterdoloso, haverá dolo quanto à lesão corporal e culpa em relação ao aborto.

8.9. CONSUMAÇÃO

O aborto é um crime material ou causal. Portanto, sua consumação ocorrerá com a morte do feto, podendo ser no útero materno ou fora dele.

8.10. TENTATIVA

Por se tratar de crime plurissubsistente, é possível a tentativa em todas as modalidades de aborto.

A seguir iremos analisar algumas situações hipotéticas:

1) O agente pratica manobra abortiva e o feto nasce com vida, haverá tentativa de aborto;

2) O agente agride a gestante com o dolo de lesioná-la e o feto nasce com vida, responderá por lesão corporal grave (art. 129, §1º, IV do CP);

3) O agente pratica manobra abortiva e o feto nasce com vida. Posteriormente, realiza nova conduta e mata o recém-nascido. Responderá por tentativa de aborto em concurso com o crime de homicídio.

4) O agente pratica manobra abortiva e o feto nasce com vida, mas morre em razão da conduta do agente, em momento posterior. De acordo com a doutrina e com a jurisprudência consolidada, responderá por aborto consumado.

   Salienta-se que o STJ, no HC 85298 (é um julgado isolado), entendeu que haveria crime de homicídio consumado (criticado pela doutrina).

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. LESÃO CORPORAL GRAVE COM ADIANTAMENTO DE PARTO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. TRANCAMENTO. AGRESSÕES A GRÁVIDA COM MORTE DE NEONATO. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCURSO FORMAL IMPERFEITO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heroico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. Esta Corte possui entendimento no sentido de que o trancamento de ação penal é medida excepcional que se mostra possível apenas nos casos em que se puder verificar, de plano, a total ausência de provas sobre autoria e materialidade, a atipicidade da conduta, ou diante da ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade, o que não se verifica nos autos. Não ocorre bis in idem na*

imputação de lesão corporal com adiantamento de parto e homicídio no caso em que o paciente, com intuito de matar seu filho, golpeia a barriga da mãe "justamente no lado esquerdo onde, segundo o exame de ultrassom realizado, era o local onde encontrava-se a cabeça do feto". Hipótese de concurso formal imperfeito, ou seja, aquele pelo qual se praticam, com desígnios autônomos, dois ou mais crimes mediante uma só ação ou omissão. Na ação descrita como praticada pelo paciente é possível se identificar o suposto dolo de matar, resultado possível tanto no delito de aborto, quanto no de homicídio - ambos crimes contra a vida - Devido ao fato de a criança ter nascido com vida - condição que, caso se mantivesse, resultaria no delito de tentativa de aborto - mas falecido em seguida em decorrência das agressões, deve-se adequar o tipo para o crime de homicídio consumado. Não se verifica falha patente na tipificação da conduta do paciente, apta a ensejar o trancamento da ação penal, de modo que a questão deve ser submetida ao veredicto do Tribunal do Júri. Ordem não conhecida. (HC 85.298/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 27/02/2014)

8.11. ABORTO E LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

A Lei de Contravenções Penais, em seu art. 20, tipifica a conduta de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto. Observe:

Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Perceba que não há prática de manobras abortivas, o agente limita-se anunciar remédios abortivos, por exemplo.

8.12. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM O SEU CONSENTIMENTO

8.12.1. Previsão legal e considerações

Encontra-se previsto no art. 124 do CP. Vejamos:

*Art. 124 - Provocar aborto em si mesma **ou** consentir que outrem lhe provoque:*
*Pena - **detenção**, de um a três anos.*

Perceba que tanto o autoaborto (provocar em si mesma) quanto o consentimento para o aborto, previstos no art. 124 do CP, são de médio potencial ofensivo (pena mínima de 1 ano), admitem, portanto, a suspensão condicional do processo.

8.12.2. Modalidades

a) **Provocar aborto em si mesma (autoaborto)**

A gestante pratica a manobra abortiva em si própria, por exemplo ingere medicamento abortivo.

Imagine, por exemplo, que uma gestante tenta cometer suicídio, não consegue eliminar a própria vida, mas consuma o abortamento. Perceba que, ao tentar se suicidar, a gestante assumiu o risco de produzir o aborto (dolo eventual). Portanto, irá responder por autoaborto.

Trata-se de crime de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível, somente podendo ser praticado pela pessoa expressamente prevista no tipo penal.

Admite concurso de pessoas, apenas na modalidade participação. Por exemplo, o namorado compra o medicamento abortivo e a gestante ingere. Ela será autora do autoaborto e o namorado partícipe do crime, tendo em vista que prestou auxílio.

Obs.: o partícipe não pode praticar nenhuma manobra abortiva. Caso o faça, irá responder pelo art. 126 do CP.

Caso a gestante morra após ingerir o medicamento comprado pelo namorado, ele responderá como partícipe em autoaborto e por homicídio culposo (ou lesão culposa se teve ferimentos e não morreu).

AUTOABORTO E ART. 128 DO CP	
ABORTO NECESSÁRIO (art. 128, I)	**ABORTO SENTIMENTAL (art. 128, II)**
Não há crime, haverá excludente de ilicitude pelo estado de necessidade.	Há crime, o fato é típico e ilícito. Entretanto opera-se a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

b) **Consentir que outrem lhe provoque (consentimento para o aborto)**

Trata-se de crime de mão própria, de atuação pessoal, de conduta infungível, tendo em vista que apenas a gestante pode consentir que lhe provoquem o aborto. Portanto, não admite coautoria e admite participação (induzimento, instigação ou auxílio à gestante para consentir).

Obs.: A gestante precisa ser capaz e possuir discernimento para consentir que seja praticado o aborto. De acordo com a doutrina, a gestante deve ter, pelo menos, 14 anos de idade e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais. Além disso, o consentimento não pode ser obtido mediante violência à pessoa, grave ameaça ou fraude.

Destaca-se que a gestante não pratica a manobra abortiva, mas sim autoriza que um terceiro (médico ou não) pratique nela o aborto. Perceba que há **uma exceção pluralista à Teoria Monista**.

Importante relembrar que:

TEORIA MONISTA	TEORIA PLURALISTA
É a regra adotada pelo Código Penal. Todos que concorrem por um crime respondem por ele, nos termos do art. 29, *caput*, do CP.	As condutas dos concorrentes têm consequências distintas, respondendo cada um por um crime autônomo. Ao dar consentimento para o aborto, a gestante irá responder pelo art. 124 do CP e o terceiro que praticou o aborto pelo art. 126 do CP.

8.13. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE

8.13.1. Previsão legal e considerações

Está disciplinado no art. 125 do CP, observe:

> *Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:*
> *Pena - reclusão, de três a dez anos.*

Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, não admite nenhum dos benefícios da Lei 9.099/95.

Importante consignar que é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa que poderá ser médica ou não.

8.13.2. Hipóteses de dissenso (não consentimento)

a) Não houve realmente o consentimento da gestante (dissenso real)

Por exemplo, o agente sugere que a gestante pratique um aborto. Diante da negativa, o agente amarra a gestante e introduz medicamentos abortivos em sua vagina (para que ocorra a dilatação do útero e expulsão do feto).

b) Houve o consentimento da gestante, mas este consentimento não é válido (dissenso presumido)

A lei desconsidera o consentimento da gestante, seja em face da sua condição pessoal, seja em razão do meio empregado para obtê-lo, nos termos do art. 126, parágrafo único do CP

> *Art. 126, Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência*

OBS: Na hipótese do dissenso presumido, o provocador deve saber das circunstâncias da vítima (exemplo: deve saber que a vítima era menor de 14 anos). Se não souber, responde pelo art. 126, para não se incorrer em responsabilidade penal objetiva.

8.13.3. Dupla subjetividade passiva

Importante salientar que o aborto sem o consentimento da gestante é um crime de dupla subjetividade passiva, tendo em vista que possui duas vítimas:

- Gestante que não consentiu;
- Feto.

Estando a gestante grávida de gêmeos, o agente irá responder por dois abortos em concurso formal impróprio ou imperfeito, desde que tenha conhecimento da gravidez múltipla.

8.14. ABORTO PROVADO POR TERCEIRO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE

8.14.1. Previsão legal e considerações

Encontra-se previsto no art. 126 do CP. Vejamos:

> *Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:*
> *Pena - reclusão, de um a quatro anos.*
> *Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência*

Trata-se de crime de médio potencial ofensivo, cabendo suspensão condicional do processo, presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95.

É um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa (médico ou não). Por isso, admite tanto a coautoria quanto a participação.

8.14.2. Exceção pluralista à Teoria Monista

Conforme mencionado acima, a gestante que consente o aborto irá responder pelo art. 124 do CP, já o terceiro que pratica o aborto com o consentimento da gestante responderá pelo art. 126 do CP.

Perceba que o terceiro e a gestante concorrem para o mesmo crime: aborto. Contudo, respondem por delitos autônomos, consagrando a exceção pluralista à Teoria Monista.

Importante consignar que havendo participação, o partícipe poderá responder:

- Pelo crime do art. 124 do CP, quando induz, instiga ou auxilia a gestante a consentir o aborto;
- Pelo crime do art. 126 do CP, quando induz, instiga ou auxilia o terceiro a praticar o aborto com o consentimento da gestante.

Veja como **já foi cobrado**:

PC/ES (2019) - Ana, após realizar exame médico, descobriu estar grávida. Estando convicta de que a gravidez se deu em decorrência da prática de relação sexual extraconjugal que manteve com Pedro, seu colega de faculdade, e temendo por seu matrimônio decidiu por si só que iria praticar um aborto. A jovem comunicou a Pedro que estava grávida e pretendia realizar um aborto em uma clínica clandestina. Pedro, por sua vez,

procurou Robson, colega que cursava medicina, e o convenceu a praticar o aborto em Ana. Assim, alguns dias depois de combinar com Pedro, Robson encontrou Ana e realizou o procedimento de aborto.
É correto afirmar que a conduta de Ana se amolda ao crime previsto no art. 124, segunda parte, do Código Penal (consentimento para o aborto). Robson, por sua vez, tem sua conduta subsumida ao crime previsto no art. 126, do Código Penal (aborto provocado por terceiro com consentimento). Já Pedro responderá como partícipe no crime de Robson. **Correto**!

TJ/MG (2018) - O "aborto com consentimento" da gestante constitui exceção à teoria monística adotada pelo Código Penal. **Correto**!

8.14.3. Consentimento válido

O consentimento da gestante deve ser válido. Se for inválido, ou seja, de gestante menor de 14 anos ou "alienada ou débil mental" (correto é deficiente) ou obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, tratar-se-á de dissenso presumido (art. 126, parágrafo único), respondendo o provocador do aborto pelo art. 125 do CP.

O consentimento pode ser prestado verbalmente ou por escrito, bem como poderá ser extraído do seu próprio comportamento físico.

Além disso, o consentimento deve perdurar durante todo o procedimento abortivo, ou seja, até a morte do feto. Assim, caso no meio do procedimento abortivo a gestante deseje parar e terceiro prossegue, responderá este pelo art. 125 do CP e o fato será atípico em relação à gestante.

Obs.: Rogério Sanches afirma que no caso de arrependimento ineficaz da gestante (já que o aborto ocorreu), ela responderá pelo crime do art. 124 do CP, não se aplicando o disposto no art. 15 do CP, mas sim a circunstância atenuante do art. 66 do CP.

8.14.4. Concurso material com o delito de associação criminosa

É possível a prática do crime do art. 126 do CP em concurso material com o crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do CP.

> *Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.*

Por exemplo, suposta clínica obstetrícia que praticam abordos, há médicos obstetras, médicos anestesistas, enfermeiros, técnicos de enfermagem e secretária. Haverá associação criminosa, uma vez que mais de três pessoas se associaram com a finalidade de cometer o crime de aborto.

8.15. ABORTO QUALIFICADO

8.15.1. Previsão legal e considerações

Está previsto no art. 127 do CP. Observe:

> *Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para*

provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Apesar de o Código Penal denominar como formas qualificadas, trata-se de majorantes (**causas de aumento**) da pena.

8.15.2. Alcance

As majorantes do art. 127 do CP serão aplicadas apenas ao aborto praticado por terceiro, previstos nos artigos 125 (sem o consentimento) e 126 (com consentimento) do CP. Portanto, por expressa previsão legal, não incidem nos crimes do art. 124 do CP (autoaborto e consentimento para o aborto).

Indaga-se: ***o art. 127 do CP será aplicado ao partícipe do crime do art. 124 do CP, no caso de morte da gestante***? Não! O agente responderá como partícipe em autoaborto e por homicídio culposo. A pena do autoaborto não será aplicada em dobro para o partícipe, tendo em vista que não se aplica as causas de aumento de pena do art. 127 ao art. 124.

O art. 127 trata de crimes (aborto com o consentimento e aborto sem o consentimento) qualificados pelo resultado: lesão grave ou morte.

Obs.: A lesão leve ficará absorvida pelo crime de aborto. Imagine, por exemplo, que o agente pratica aborto sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP) e a vítima sofre lesão leve, responderá apenas pelo art. 125 do CP.

Indaga-se: ***para incidir a majorante é imprescindível a consumação do aborto (morte do feto)***?

1ªC (Cleber Masson): Quando as causas majorantes não decorrem do aborto, mas dos meios utilizados para provocá-lo, não será necessária a morte do feto. Contudo, quando as causas de aumento decorreram da consequência do aborto, obviamente, será necessária a morte do feto.

2ªC (Rogério Sanches): Sustenta que basta que a gestante sofra lesão grave ou morra, é dispensável a consumação do aborto. Tal conclusão decorre da própria redação do art. 127 do CP.

Indaga-se: ***que crime pratica o médico que, durante as manobras abortivas, causa lesão grave na gestante sem conseguir realizar o abortamento***?

1ª C (Fernando Capez): Responde por aborto majorado consumado, pois se trata de figura preterdolosa não admitindo tentativa. Exatamente o mesmo raciocínio que o STF esposou na Súmula 610 em relação ao latrocínio.

STF Súmula 610 - há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

2ª C (Rogério Greco, Mirabete): Responde por tentativa de aborto com pena majorada, apesar de preterdolosa, a infração admite tentativa quando a parte frustrada for dolosa. Como vimos antes, não se admite a tentativa na parte CULPOSA do crime, entretanto, na parte DOLOSA é perfeitamente possível. PREVALECE.

8.15.3. Natureza jurídica

Trata-se de natureza preterdolosa, tendo em vista que há dolo em relação ao aborto e culpa em relação ao resultado agravador (morte ou lesão corporal grave).

Salienta-se que se o agente desejava a produção do resultado morte (ou lesão grave), além do resultado aborto, deverá responder por ambos os crimes em concurso formal impróprio (desígnios autônomos).

8.16. ABORTO LEGAL OU PERMITIDO

8.16.1. Previsão legal

O aborto legal ou permitido está previsto no art. 128 do CP. Vejamos:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

8.16.2. Natureza jurídica

Trata-se de causa especial de exclusão da ilicitude, portanto, o correto deveria ser “não há crime”. O fato será típico e lícito.

8.16.3. Fundamento constitucional

Como já mencionado, pune-se o aborto em razão do direito à vida, consagrado no art. 5º da Constituição Federal. Igualmente, a Constituição permite que o aborto seja realizado, excluindo-se a ilicitude, com base no art. 5º, *caput*, no caso de aborto necessário (direito à vida da gestante) e a dignidade da pessoa humana, no caso de aborto sentimental, pois haveria violação obrigar que uma mulher vítima de estupro tenha o filho.

8.16.4. Hipóteses legais

O Código Penal consagra duas hipóteses em que é permitido a realização do aborto (aborto legal), em ambas deverá ser necessariamente praticado por médico, tendo em vista que é a pessoa habilitada para interromper a gravidez sem risco de vida à gestante.

a) **Aborto necessário (terapêutico)**

O aborto necessário pressupõe como requisito que:

- Haja perigo à vida da gestante, em razão da gravidez. Portanto, perigo à saúde da gestante não autoriza o aborto.

  Salienta-se que o perigo à vida não precisa ser atual, podendo, inclusive, ser um perigo futuro.

- Não exista outro meio para salvar a sua vida.

Aqui, não se exige o consentimento da gestante ou de seu responsável legal, tendo em vista que a vida é um direito indisponível. Por exemplo, gestante é hospitalizada com forte sangramento, o médico informa que sem o aborto sua vida corre risco, mesmo assim a gestante nega-se. O médico, mesmo assim, poderá realizar o aborto.

Igualmente, não é necessária autorização judicial para o aborto necessário.

Indaga-se: ***o que ocorre quando o aborto necessário é praticado por pessoa que não seja médica, por exemplo parteira, enfermeira etc.***? Havendo perigo atual à vida da gestante, não haverá crime de aborto, em razão da conduta ter sido praticada devido ao estado de necessidade (art. 24 do CP). Por outro lado, não havendo perigo atual, estará tipificado o crime de aborto, nos termos do art. 124 (autoaborto), do art. 125 (sem consentimento) ou art. 126 (com consentimento).

b) **Aborto sentimental (humanitário ou ético ou piedoso)**

Além do requisito de ser praticado por médico, o aborto sentimental pressupõe:

- Gravidez resultante de estupro ou de estupro de vulnerável (analogia *in bonam partem*);

- Consentimento válido da gestante ou de seu represente legal, se ela for incapaz.

Salienta-se que no aborto sentimental não há perigo à vida da gestante, por isso deve ser praticado por médico. Caso a gestante vítima de estupro pratique o autoaborto, o fato será típico e ilícito, mas a culpabilidade será excluída, em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

O aborto sentimental poderá ser realizado em qualquer etapa da gravidez. Além disso, dispensa autorização judicial, a condenação do estuprador e também inquérito policial, basta que seja comprovado por qualquer meio, a exemplo de um boletim de ocorrência.

Indaga-se: ***e se o médico é enganado pela suposta vítima de estupro***? Haverá erro de tipo permissivo, nos termos do art. 20, §1º do CP. O fato é atípico, mesmo que se trate de erro vencível, pois o aborto não admite a forma culposa.

8.17. ABORTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO

Trata-se do aborto praticado em razão de graves deformidades do feto, não é possível.

Em razão do Zika Vírus muitas crianças nasceram com microcefalia, a Anadep então ajuizou uma ADPF para que o STF, apontando omissão do poder público quanto à possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas de saúde para mulheres grávidas infectadas pelo zika. Além disso, requereu a inconstitucionalidade do enquadramento de mulheres nessa situação ao art. 124 do Código Penal.

Veja a notícia do dia 01 de maio de 2020 retirada do site do STF

> *STF julga prejudicada ação sobre lei de combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti.*
> *Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão virtual concluída nesta quinta-feira (30)), julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) contra dispositivos da Lei 13.301/2016, que trata de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, da chikungunya e da zika. O colegiado acompanhou a relatora, ministra Cármen Lúcia, pela perda do objeto da ação, diante da revogação do principal ponto questionado pela Medida Provisória 894/2019, que institui pensão vitalícia a crianças com microcefalia decorrente do zika vírus.*
> *A ADI foi ajuizada juntamente com ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A entidade alegava diversas omissões do Poder Público no acesso à informação, a cuidados de planejamento familiar e aos serviços de saúde e pedia a declaração de inconstitucionalidade do enquadramento da interrupção da gestação em relação à mulher infectada pelo zika vírus no artigo 124 do Código Penal.*
> *Para a relatora, a Anadep não tem legitimidade para a propositura da ADPF. A ministra ressaltou que a jurisprudência do STF somente reconhece a legitimidade das entidades de classe nacionais para o ajuizamento de ação de controle abstrato se houver nexo de afinidade entre os seus objetivos institucionais e o conteúdo dos textos normativos. No caso, ela não constatou interesse jurídico da associação de procuradores nas normas e políticas públicas questionadas.*

Importante consignar que o Ministro Barroso ressaltou que a Anadep possui legitimidade para ajuizar ADPF afirmando "*ter direito de questionar normas que afetam os interesses de pessoas hipossuficientes, que sentem, de forma mais acentuada, os impactos tanto da epidemia do Zika vírus quanto da criminalização da interrupção da gestação*". Além disso, fez a seguinte reflexão:

> *"A extinção das ações adia a discussão de um tema que as principais supremas cortes e tribunais constitucionais do mundo em algum momento já enfrentaram: o tratamento constitucional a ser dado à interrupção de gestação, aos direitos fundamentais da mulher e à proteção jurídica do feto.*

A reflexão que se segue, portanto, parece-me necessária e, em rigor, transcende a questão da Zika e da microcefalia, alcançando os direitos reprodutivos das mulheres de maneira geral. O aborto é um fato indesejável, e o papel do Estado e da sociedade deve ser o de procurar evitar que ele ocorra, dando o suporte necessário às mulheres. Essa é a premissa sobre a qual se assenta o raciocínio aqui desenvolvido. Reitero, porém, o meu entendimento, já manifestado em decisão anterior (HC 124.306), de que o tratamento do aborto como crime não tem produzido o resultado de elevar a proteção à vida do feto. Justamente ao contrário, países em que foi descriminalizada a interrupção da gestação até a 12ª semana conseguiram melhores resultados, proporcionando uma rede de apoio à gestante e à sua família. Esse tipo de política pública, mais acolhedora e menos repressiva, torna a prática do aborto mais rara e mais segura para a vida da mulher"

8.18. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Inicialmente, entende-se por anencéfalo o embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico.

De acordo com o CP, é crime (não estando nas hipóteses de aborto autorizado pelo art. 128 do CP).

Por outro lado, a doutrina entende o aborto de feto anencéfalo é uma causa de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), uma vez que liga o começo da vida ao funcionamento da atividade encefálica, seguindo o parâmetro fixado pela Lei de Transplantes, que fixa o momento da morte como aquele em que a atividade cerebral é cessada.

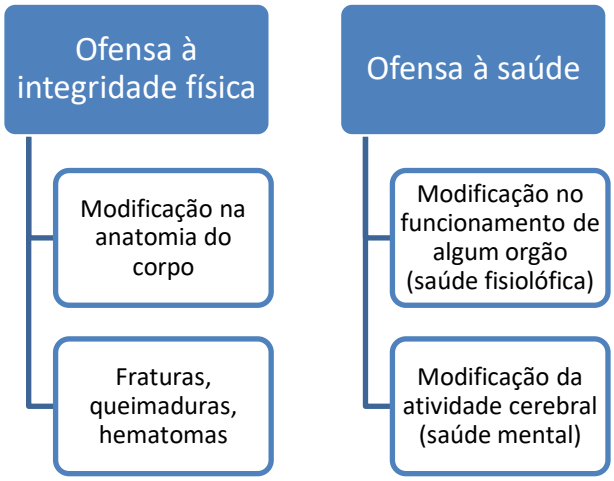
O STF, no julgamento da ADPF 54, entendeu que a interrupção da gravidez de feto anencefálico é atípica, não pode ser tipificada como aborto. Além disso, não pode, ser classificada como "aborto eugênico", "eugenésico" ou mesmo "antecipação eugênica da gestação". Segundo o Min. Relator, a interrupção da gestação de feto anencéfalo não poderia ser considerado aborto eugênico, compreendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. Descreveu que anencéfalo não teria vida em potencial, de sorte que não se poderia cogitar de aborto eugênico, o qual pressuporia a vida extrauterina de seres que discrepassem de padrões imoralmente eleitos. Discorreu que não se trataria de feto ou criança com deficiência grave que permitisse sobrevida fora do útero, mas tão somente de anencefalia. Exprimiu, pois, que a anencefalia mostrar-se-ia incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência, não.

Não há conflito entre o direito à vida dos anencéfalos e o direito da mulher à dignidade. Isso porque, segundo o Min. Relator, direito à vida de anencéfalo seria um termo antitético considerando que o anencéfalo, por ser absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida. Assim, o alegado conflito entre direitos fundamentais seria apenas aparente. Assentou que o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não deteria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal. Corroborou esse entendimento ao inferir o conceito jurídico de morte cerebral da Lei 9.434/97, de modo que seria impróprio falar em direito à vida intra ou extrauterina do anencéfalo, natimorto cerebral. Destarte, a interrupção de gestação de feto anencefálico não configuraria crime contra a vida, porquanto se revelaria conduta atípica.

LESÃO CORPORAL

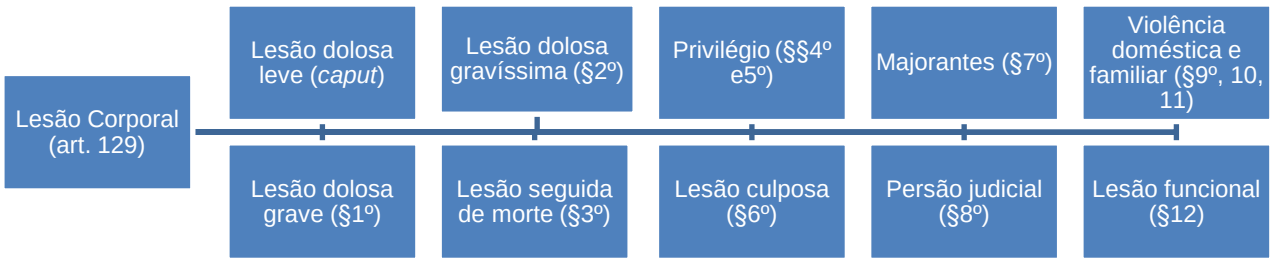
1. CONCEITO

Conforme exposição de motivos do Código Penal, "*lesão corporal é definida como ofensa à integridade corporal ou à saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental.*"



2. TOPOGRAFIA DO CRIME

O crime de lesão corporal encontra-se previsto no art. 129 do CP. Vejamos:



Lesão corporal
Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano.
Lesão corporal de natureza grave
§ 1º Se resulta:
I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
II - perigo de vida;
III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:
Pena - reclusão, de um a cinco anos.
§ 2° Se resulta: ***Lesão Corporal Gravíssima (doutrina)***
I - Incapacidade permanente para o trabalho;
II - enfermidade incurável;
III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
IV - deformidade permanente;
V - aborto:
Pena - reclusão, de dois a oito anos.
Lesão corporal seguida de morte
§ 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:
Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
Diminuição de pena
§ 4° Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
Substituição da pena
§ 5° O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis:
I - se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;
II - se as lesões são recíprocas.
Lesão corporal culposa
§ 6° Se a lesão é culposa:
Pena - detenção, de dois meses a um ano.
Aumento de pena
§ 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código.
§ 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.
Violência Doméstica
§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.
§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).
§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.
§ 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

3. BEM JURÍDICO TUTELADO

O art. 129 do CP tutela a incolumidade pessoal do indivíduo, protegendo sua tríplice saúde, ou seja, saúde física, saúde fisiológica (correto funcionamento do organismo) e a saúde mental.

Assim, por exemplo, o agente que provoca um desmaio na vítima pode responder por lesão corporal, tendo em vista que violou sua saúde fisiológica. O mesmo ocorre com o agente que provoca depressão, já que viola a saúde mental da vítima.

Obs.: o direito penal não pune a autolesão (Princípio da Alteridade), trata-se de fato atípico. Contudo, a autolesão pode ser o meio utilizado para o cometimento de algum crime, a exemplo da fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro.

4. SUJEITO ATIVO

A lesão corporal é crime comum, ou seja, não se exige qualidade especial do agente. Portanto, pode ser praticada por qualquer pessoa.

5. SUJEITO PASSIVO

Trata-se, em regra, de crime comum. Assim, qualquer pessoa poderá ser o sujeito passivo do crime de lesão corporal.

Contudo, em alguns casos o art. 129 do CP prevê que o sujeito passivo será próprio (exige qualidade especial), quais sejam:

a) Gestante, no caso de aceleração de parto (art. 129, §1º, IV) e no caso de aborto (art. 129, §2º, V);

b) Autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da CF, no exercício das funções, bem como seus familiares, no caso do art. 129, §12.

6. CONDUTA

O núcleo do tipo (conduta) é ofender a integridade física ou a saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Trata-se de delito de execução livre, podendo ser praticado por ação ou omissão (imprópria), por meio de violência física (soco) ou moral (susto).

Configura-se o crime não só com a criação pelo agente de ofensa à incolumidade da vítima, mas também com o agravamento de uma enfermidade já existente.

Salienta-se que a dor, bem como o sangramento, são consequências dispensáveis para a consumação do delito, podendo ser consideradas pelo juiz na fixação da pena. Além disso, a pluralidade de ferimentos, no mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime, podendo ser considerada na fixação da pena-base.

Veja como **já foi cobrado**:

PC/MG (2018): O agente que provoca, de forma dolosa, várias lesões corporais, de natureza grave e gravíssima, contra a mesma vítima, em um mesmo contexto fático, irá responder por crime continuado. Errado! O Agente irá responder por crime único.

Indaga-se: ***o corte de cabelo contra a vontade da vítima configura lesão corporal***?

1ªC: Pode configurar lesão corporal, mas é indispensável que a ação provoque uma alteração desfavorável no aspecto exterior do indivíduo.

2ªC: Não configura lesão corporal, mas pode configurar injúria real.

3ªC: Pode configurar lesão corporal ou injúria real, dependendo do dolo do agente.

De acordo com o entendimento doutrinário contemporâneo, a integridade da vítima é um bem relativamente disponível. Portanto, tratando-se de lesão corporal leve e que não contrarie a moral e os bons costumes, o consentimento do ofendido poderá excluir o crime.

Corroborando o entendimento acima, o art. 88 da Lei 9.099/95 prevê a necessidade de representação na ação penal do crime de lesão corporal leve.

Em alguns concursos, principalmente, nos que cobram Medicina Legal é importante saber diferenciar equimoses (manchas escuras ou azuladas fruto de infiltração difusa de sangue no tecido subcutâneo) e hematomas (acúmulo de sangue em um órgão ou tecido, normalmente causado por traumatismo) que causam lesão corporal de eritemas (manchas de cor avermelhada na pelo causada pela dilatação de vasos sanguíneos) que não causam lesão corporal.

7. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime de lesão corporal poderá ser punido a título de dolo (art. 129, *caput*, §§ 1º e 2º), de culpa (art. 129, §6º) e de preterdolo (art. 129, §3º).

8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime é material, consumando-se com a efetiva ofensa à incolumidade pessoal.

Admite tentativa nas modalidades dolosas.

9. LESÃO CORPORAL DOLOSA LEVE

9.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A lesão corporal dolosa de natureza leva está prevista no *caput* do art. 129 do CP. Vejamos:

> *Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano.*

Trata-se de uma infração de menor potencial ofensivo, portanto, cabível transação penal.

9.2. CONCEITO

O conceito de lesão leve é dado por exclusão. Ou seja, uma lesão será considerada leve quando não for grave, gravíssima ou seguida de morte.

9.3. AÇÃO PENAL

É crime de ação penal pública condicionada a representação, de competência do JECrim.

> ***Lei 9.099/95 - Art. 88****. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.*

Importante consignar que se tratando de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito de violência doméstica, a ação penal será INCONDICIONADA, ou seja, o Ministério Público pode dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima. Isto porque a Lei n 9.099/95 NÃO se aplica aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

> *Lei 11.340/2006 - Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.*

Nesse sentido, a Súmula 542 do STJ:

> ***Súmula 542-STJ:*** *A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.*

9.4. (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Há jurisprudência reconhecendo a aplicação do princípio da insignificância à lesão corporal levíssima, a exemplo de um arranhão.

Veja como **já foi cobrado**:

FCC – TJ/MS (2020): No tocante ao crime de lesão corporal praticado no ambiente doméstico, correto afirmar que não é vedada por entendimento sumulado a aplicação, em tese e para algumas situações, do chamado princípio da insignificância. **Correto!** A questão foi maldosa, tendo em vista que a Súmula 589 do STJ veda a aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Contudo, não há menção à mulher no enunciado. Além disso, ressaltou que a aplicação é para algumas circunstância, é o caso da lesão leve, como exemplo um puxão de cabelo entre irmãos (ambiente doméstico).

10. LESÃO CORPORAL GRAVE

10.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÃO

A lesão corporal dolosa de natureza grave está disciplinada no art. 129, §1º do CP. Observe:

> *Art. 129, (...)*
> *§ 1º Se resulta:*
> *I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;*

> *II - perigo de vida;*
> *III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;*
> *IV - aceleração de parto:*
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos.*

Trata-se da forma qualificada da lesão corporal, de ação penal pública incondicionada.

É um crime de médio potencial ofensivo, admite a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95.

A seguir iremos analisar cada um dos resultados que configuram a lesão corporal de natureza grave.

10.2. INCAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS, POR MAIS DE 30 DIAS

Entende-se por ocupação habitual qualquer atividade corporal rotineira, não necessariamente ligada ao trabalho ou ocupação lucrativa, devendo ser lícita (ainda que imoral).

Desta forma, uma profissional que fique incapacitada para desempenhar suas funções habituais, poderá ser vítima do crime previsto no art. 129, §1º, I do CP. A prostituição é uma atividade laboral lícita, embora seja considera imoral por alguns.

Igualmente, um bebê de tenra idade que fique privado, por exemplo, de mamar por mais de 30 dias devido à agressão sofrida, será vítima de lesão corporal grave.

Indaga-se: ***a vergonha que impede a vítima de desempenhar suas ocupações habituais, por exemplo um olho roxo que a impede de ir à academia ou ao trabalho, é apta a qualificar a lesão corporal***? Não. É a lesão que tem que incapacitar a vítima e não seu sentimento de vergonha, ou seja, a simples relutância em não trabalhar por VERGONHA não qualifica a lesão.

Destaca-se que por se tratar de crime não transeunte (que deixa vestígios), o exame pericial é indispensável, sob pena de nulidade do processo, salvo quando impossível realizá-lo, nos termos do art. 564, III, 'b' do CPP.

> *CPP, Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*
> *III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:*
> *b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;*

No caso da qualificadora em análise, não basta a realização do primeiro e obrigatório exame pericial. Nos termos do art. 168, §2º do CPP deve ser realizado o chamado exame complementar, a ser efetuado depois de 30 dias da ocorrência do crime, a fim de comprovar-se a efetiva incapacidade para o desenvolvimento das atividades rotineiras da vítima.

> *CPP, Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.*

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

Importante consignar que se trata de prazo penal, a contagem ocorre conforme o art. 10 do CP. Portanto, inclui-se o dia da ocorrência do crime.

10.3. PERIGO DE VIDA

Trata-se da probabilidade séria, concreta e imediata do êxito letal, devidamente comprovado por perícia.

Obs.: A região da lesão, por exemplo cabeça, não autoriza a presunção de perigo de vida. Novamente: perigo de vida não se presume, será comprovado por meio de perícia.

Ressalta-se que, de acordo com a maioria, o resultado qualificador (perigo de vida) é necessariamente culposo. Portanto, há no art. 129, §1º, II do CP preterdolo, ou seja, o agente possui dolo de causar lesão corporal e, por culpa, causa perigo de vida. Por outro lado, haverá tentativa de homicídio quando o agente assumir o risco de causar perigo de vida à vítima ou considerar matar a vítima.

10.4. DEBILIDADE PERMANENTE DE MEMBRO, SENTIDO OU FUNÇÃO

Importante definirmos o que se entende por “debilidade” e por “permanente”. Vejamos:

a) Debilidade – consiste no enfraquecimento, na redução da capacidade funcional;

b) Permanente – é a recuperação incerta e por prazo indeterminado. Não deve ser entendida no sentido de perpetuidade.

Como exemplo, cita-se a vítima que teve sua visão diminuída. Perceba que haverá uma debilidade (redução da capacidade funcional) permanente de sentido (visão).

MEMBRO	SENTIDO	FUNÇÃO
Braços, antebraços, mãos, pernas, coxas e pés	Visão, audição, tato, paladar e olfato	Respiratória, digestiva, sexual, circulatória etc.

Obs.: Permanece a qualificadora mesmo que o enfraquecimento possa se atenuar ou se reduzir com o uso de aparelhos de prótese.

Indaga-se: ***a perda de um dente por conta da lesão caracteriza a qualificadora? E a perda de um dedo***? Poderá ou não caracterizar a qualificadora, depende de perícia atestando se a perda causou ou não redução do aparelho de mastigação, no caso do dente, ou da debilidade permanente da mão, no caso do dedo.

10.5. ACELERAÇÃO DE PARTO

Estará caracteriza quando, em decorrência da lesão, o feto é expulso com vida antes do tempo normal para o seu nascimento.

Igualmente, aqui, o resultado necessariamente será culposo, caracterizando hipótese preterdolosa, o agente possuía o dolo de lesionar e, por culpa, acabou causando a aceleração do parto.

Ressalta-se que no caso de feto expulso sem vida deve-se analisar a vontade do agente. Assim, responderá pelo art. 125 do CP se agiu com dolo de aborto ou pelo art. 129, §2º, V do CP quando o aborto foi realizado por culpa.

Por fim, é imprescindível que o agressor soubesse ou pudesse saber que a vítima era mulher grávida, evitando-se assim responsabilidade penal objetiva.

11. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

11.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, destaca-se que a expressão "gravíssima" foi criada pela doutrina e, posteriormente, encampada pelo legislador em algumas leis especiais.

A lesão corporal gravíssima está prevista no §2º, do art. 129, do CP. Observe:

> *Art. 129,*
> *§ 2° Se resulta:*
> *I - Incapacidade permanente para o trabalho;*
> *II - enfermidade incurável;*
> *III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;*
> *IV - deformidade permanente;*
> *V - aborto:*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, não admite suspensão condicional do processo. Além disso, a ação penal será pública incondicionada.

11.2. INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O TRABALHO

Trata-se de incapacidade absoluta para o trabalho. Há na doutrina divergência acerca da abrangência do trabalho, se para todo e qualquer trabalho ou apenas para o trabalho que o ofendido desempenhava, assim:

1ªC (Prevalece) – defende que a qualificadora pressupõe incapacidade para o exercício de qualquer espécie de trabalho.

2ªC – entende que basta ficar incapacitado para o trabalho que anteriormente exercia.

11.3. ENFERMIDADE INCURÁVEL

Trata-se de um processo patológico em curso que afeta a saúde em geral, para o qual não existe cura na medicina.

Indaga-se: ***a possibilidade de cura da doença afasta a qualificadora***? Depende.

CURA ARRISCADA	CURA NÃO ARRISCADA
A recusa da vítima em se submeter ao procedimento, não exclui a qualificadora.	A recusa injustificada da vítima exclui a qualificadora.
Submetendo-se ao procedimento e revertendo a doença, desaparece a qualificadora. Nucci defende que seria possível revisão criminal para desaparecer a qualificadora.	A recusa justificada, por exemplo por razões de crenças, não exclui a qualificadora.

11.4. PERDA OU INUTILIZAÇÃO DO MEMBRO, SENTIDO OU FUNÇÃO

Ao tratar da lesão grave, o §1º, refere-se a mera debilidade. Havendo perda ou inutilização estará caracterizada a lesão corporal gravíssima.

A perda do membro poderá ocorrer por meio de amputação (procedimento cirúrgico) ou através de mutilação, que é realizada pelo agressor, culposa ou dolosamente, no momento da execução do crime. Por sua vez, a inutilização ocorre quando o membro, sentido ou função deixa de desempenhar qualquer atividade própria, a exemplo da cegueira, da surdez.

Salienta-se que, no caso de órgãos duplos, a lesão para ser considerada gravíssima deve atingir ambos. Por exemplo, a cegueira em apenas um olho é lesão grave, o mesmo ocorre com a perda de um rim.

Estará configurada lesão gravíssima quando a conduta causar impotência instrumental (perda de função sexual) ou impossibilidade de gerar vida (perda de função reprodutora).

11.5. DEFORMIDADE PERMANENTE

Consiste no dano estético, aparente, considerável, irreparável pela própria força da natureza e capaz de provocar impressão vexatória para a vítima (desconforto para quem olha; humilhação para a vítima).

Conforme Nelson Hungria, uma cicatriz no rosto de modelo pode ser considerada uma deformidade permanente, ao passo que a mesma cicatriz no rosto de septuagenário torna-se quase insignificante. Por isso, defende que a idade, o sexo e a condição social podem ser determinantes para a conclusão dessa qualificadora.

Salienta-se que, conforme entende o STJ (HC 306.677 – Info 562), a qualificadora "deformidade permanente" do crime de lesão corporal (art. 129, § 2º, IV, do CP) não é afastada por posterior cirurgia estética reparadora que elimine ou minimize a deformidade na vítima. Isso porque, o fato criminoso é valorado no momento de sua consumação, não o afetando providências posteriores, notadamente quando não usuais (pelo risco ou pelo custo, como cirurgia plástica ou de tratamentos prolongados, dolorosos ou geradores do risco de vida) e promovidas a critério exclusivo da vítima.

Obs.: Vitriolagem é lesão corporal gravíssima que provoca deformidade permanente em razão do emprego de ácido.

No Brasil o reconhecimento da qualificadora é para qualquer parte do corpo, desde que aparente, ainda que apenas nos momentos mais íntimos.

Por fim, o resultado qualificador pode ser tanto culposo quanto doloso.

11.6. ABORTO

Diferentemente dos demais resultados agravadores do §2º, do art. 129 do CP, que podem decorrer tanto do dolo quanto da culpa, o aborto como resultado qualificador decorre necessariamente da culpa, portanto, é preterdoloso.

Havendo o dolo de abortamento, o agente irá responder por aborto, incidindo a causa de aumento do art. 127 do CP.

Art. 127 do CP	Art. 129, §2º, V do CP
Dolo de aborto.	Dolo na lesão grave.
Culpa na lesão grave.	Culpa no aborto.

Ressalte-se que a gravidez deve ser de conhecimento do agente (ou pelo menos de possível conhecimento), sob pena de incorrer-se em responsabilidade penal objetiva.

12. COEXISTÊNCIA DE QUALIFICADORAS

Imagine, por exemplo, que em razão de uma lesão corporal sofrida a vítima fique incapacitada para o exercício de suas ocupações habituais por mais de 30 dias (art. 129, §1º, I) e com uma deformidade permanente (art. 129, §2º, IV).

Como se sabe, o juiz não poderá aplicar as duas qualificadoras no mesmo contexto fático, sob pena de *bis in idem*. Assim, aplicará a qualificadora mais grave e a outra será considerada na fixação da pena base, como circunstância judicial desfavorável.

13. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE

13.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Trata-se do homicídio preterdoloso (dolo na lesão e culpa na morte), previsto no art. 129, §3º do CP. Vejamos:

> *Art. 129, § 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente* ***não quis o resultado*** **(afasta o dolo direito),** ***nem assumiu o risco de produzi-lo*** **(afasta o dolo eventual)***:*
> *Pena - reclusão, de quatro a doze anos.*

É crime de elevado potencial ofensivo, não admite suspensão condicional do processo. Além disso, a ação penal será pública incondicionada.

13.2. ELEMENTOS DO CRIME

Para que seja caracterizado o homicídio preterdoloso (lesão corporal seguida de morte) é necessária a presença dos seguintes elementos:

a) Conduta dolosa dirigida à ofensa, à incolumidade pessoal da vítima;

b) Resultado morte culposo;

c) Nexo entre a conduta e o resultado.

Destaca-se que "vias de fato", a exemplo de um empurrão que causa a morte culposamente, configura homicídio culposo e não lesão corporal seguida de morte.

14. LESÃO CORPORAL PRIVILEGIADA

O art. 129, §4º prevê uma causa especial de diminuição de pena aplicável a TODAS as figuras típicas anteriores: leve, grave, gravíssima e seguida de morte.

> *Art. 129, § 4° Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*

Perceba que são as mesmas hipóteses e o mesmo quantum de diminuição previsto no homicídio privilegiado. Portanto, todas as considerações feitas no referido ponto são aplicadas aqui.

O §5º do art. 129 do CP, por sua vez, prevê a possibilidade de substituição da pena, *in verbis:*

> *Art. 129, § 5° O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis:*
> *I - se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;*
> *II - se as lesões são recíprocas.*

Salienta-se que a substituição se aplica exclusivamente à LESÃO CORPORAL LEVE, e mesmo assim somente se a lesão for privilegiada ou se tratar-se de lesão recíproca.

15. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

As majorantes da lesão corporal dolosa estão previstas no §7º do art. 129 do CP e remetem aos parágrafos 4º e 6º do art. 121 do CP.

> *Art. 129, § 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código.*

15.1. LESÃO CORPORAL DOLOSA CONTRA PESSOA MENOR DE 14 ANOS OU MAIOR DE 60 ANOS

Encontra-se prevista na segunda parte do §4º do art. 121 do CP. Fundamenta-se na fragilidade da vítima.

Observe a redação do dispositivo:

> *Art. 121, §4º - (...) a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.*

Como se trata de uma causa de aumento, incidirá na terceira fase de aplicação da pena. Além disso, recaí sobre todas as formas de lesão corporal dolosa.

É imprescindível que o agente conheça a idade da vítima, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Caso desconheça a idade, haverá de erro de tipo que desconstitui a majorante.

Salienta-se que a idade deve ser verificada no momento da prática do crime, ou seja, no momento da conduta (art. 4º do CP), trata-se da aplicação da Teoria da Atividade.

15.2. LESÃO CORPORAL DOLOSA PRATICADA POR MILÍCIA PRIVADA E GRUPO DE EXTERMÍNIO

A previsão encontra-se no art. 121, §6º do CP. Vejamos:

> *Art. 121, § 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) ~~até a metade~~ se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)*

Cuida-se de causa especial de aumento de pena, incidente na terceira e última fase da dosimetria da pena. Perceba que no homicídio a causa de aumento é de um terço até a metade, já na lesão corporal é de apenas um terço.

Por milícia privada entende-se o agrupamento armado e estruturado de civis – inclusive com a participação de militares fora de suas funções - com a pretensa de restaurar a segurança de locais controlados pela criminalidade, diante da inércia do Poder Público.

Por grupo de extermínio entende-se a reunião de pessoas, matadores, justiceiros (civis ou não) que atuam na ausência ou leniência do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente etiquetadas como marginais ou perigosas.

Em relação ao número de pessoas que devem integrar a milícia privada ou o grupo de extermínio, duas correntes:

1ªC: o número de agentes deve coincidir com o número da associação criminosa, qual seja: três ou mais pessoas.

2ªC: defende que deve ser o mesmo número que caracteriza a organização criminosa, ou seja, no mínimo quatro pessoas.

16. LESÃO CORPORAL CULPOSA

16.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A lesão corporal culposa está prevista no art. 129, §6º do CP. Vejamos:

> *Art. 129, § 6° Se a lesão é culposa:*
> *Pena - detenção, de dois meses a um ano.*

É um infração de menor potencial ofensivo, aplicável, portanto, os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. Assim como na lesão corporal leve, a ação penal será pública condicionada à representação da vítima.

A natureza da lesão não altera o tipo penal, será considera na fixação da pena base. Observe:

LESÃO DOLOSA	LESÃO CULPOSA
Leve – art. 129, *caput*	Leve – art. 129, §6º
Grave – art. 129, §1º	Grave – 129, §6º
Gravíssima – art. 129, §2º	Gravíssima – 129, §6º

16.2. LESÃO CORPORAL CULPOSA NO CTB

O Código de Trânsito prevê, em seu art. 303, a lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor.

> *Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:*
> *Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

Art. 129, §6º do CP	Art. 306 do CTB
Praticar lesão corporal culposa	Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (especializante)
Pena: 2 meses a 1 ano	Pena: 6 meses a 2 anos
O desvalor da conduta é menor	O desvalor da conduta é maior

Comparando-se as penas é possível perceber a desproporcionalidade. Diante isso, alguns questionaram a constitucionalidade da sanção penal do art. 306 do CTB, não em relação à lesão corporal culposa, mas sim quando comparado à lesão corporal dolosa leve.

16.3. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

O art. 129, §7º prevê as causas de aumento de pena, remetendo ao §4º do 121, do CP.

> *Art. 129, § 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código.*

A primeira parte do art. 121, §4º traz as causas de aumento para a lesão corporal culposa. Irão incidir na terceira fase da dosimetria da pena.

> *Art. 121, § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato , ou foge para evitar prisão em flagrante.*

16.4. PERDÃO JUDICIAL

Está previsto no §8º do art. 129 do CP, aplica-se somente para a lesão corporal culposa.

> *Art. 129, § 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121*

Como já visto, o perdão judicial é um instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática de um fato típico e ilícito, por um sujeito comprovadamente culpado, deixa de lhe aplicar a pena nas hipóteses ***taxativamente previstas em lei***, levando em consideração determinadas circunstâncias que concorrem para o evento. O Estado perde o interesse de punir.

Tudo que vimos para o perdão judicial no homicídio culposo aplica-se aqui.

17. LESÃO CORPORAL: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

17.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Importante consignar que até 1990 a violência, no Brasil, era tratada num círculo comum, ou seja, a lesão corporal contra a criança, contra o idoso, contra a mulher, contra o homem recebia o mesmo tratamento jurídico.

A partir de 1990. começou-se a especializar os tipos penais de violência, baseado em estatísticas, surgindo então:

- ECA - especializou a violência contra a criança e adolescente;
- CDC - especializou a violência contra o consumidor;
- Lei 9.099/95 - tratou de maneira diferente a violência de menor potencial ofensivo;
- Lei 9.605/98 - especializou a Violência contra o meio-ambiente;
- Lei 9.503/97 - especializou a violência no trânsito;
- Estatuto do Idoso - especializou a violência contra o idoso;
- Lei Maria da Penha - especializando a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Entretanto, apesar de a Lei Maria da Penha proteger a mulher, ela alterou os §§9º, 10 e 11, que também protegem o homem, desde que no âmbito familiar ou doméstico.

17.2. PREVISÃO LEGAL

Os parágrafos 9º, 10 e 11 do art. 129 do CP disciplinaram a lesão corporal causada no contexto de violência doméstica e familiar. Vejamos:

> *Art. 129,*
> *§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:*
> *Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.*
> *§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).*
> *§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.*

Importante consignar que:

- Para caracterizar as qualificadoras dos §§9º, 10 e 11, a vítima não precisa necessariamente ser mulher;
- Se a vítima for mulher, além do CP, terá sua proteção regida pela Lei Maria da Penha;
- Mesmo quando home

17.3. LESÃO CORPORAL LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (§9º)

A pena para a lesão corporal leve praticada no âmbito doméstico e familiar é de 3 meses a e 3 anos. Portanto, perceba que a infração deixa de ser de menor potencial ofensivo, embora continue admitindo suspensão condicional do processo (pena mínima menor de um ano).

Obs.: Essa qualificadora abrange SOMENTE a lesão leve, vale dizer, em se tratando de lesão grave, gravíssima ou seguida de morte, praticada no ambiente doméstico ou familiar, incidem as penas dos §§1º a 3º do art. 129, c/c o §10.

Só pode ser praticado por alguém que tenha com a vítima alguma das relações domésticas ou familiares previstas no tipo.

Somente alguma das pessoas previstas no tipo (ambiente doméstico ou familiar).

a) Ascendente, descendente ou irmão – dispensável a coabitação entre os envolvidos

b) Cônjuge ou companheiro – incidindo mesmo na separação de fato

c) Com quem conviva ou tenha convivido

Indaga-se: ***expressão "com quem conviva ou tenha convivido" constitui um grupo autônomo de vítimas ou mero complemento dos sujeitos do primeiro grupo? Em outras palavras: para que os familiares sejam vítimas dessa forma qualificada de lesão, é necessária a convivência/coabitação com o agente, ainda que pretérita***?

1ªC (Nucci) – A expressão analisada é um complemento do primeiro grupo de sujeitos passivos, exigindo uma convivência, ainda que pretérita, entre os envolvidos. Ou seja, se agredir um avô com quem nunca tenha convivido não configura a qualificadora da violência familiar

2ªC (prevalece) – É um grupo autônomo de vítimas, de forma que não se exige dos familiares a coabitação com o agente. Exemplo de sujeitos com quem o agente conviva ou tenha convivido, mas que não fazem parte do ambiente familiar: amantes; república de estudantes etc.

d) Prevalecendo-se o agente das relações domésticas de coabitação ou hospitalidade – refere-se às visitas, hóspedes, empregados domésticos etc.

17.4. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA (§10)

Art. 129, § 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º (lesão grave, gravíssima e seguida de morte) deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

O dispositivo traz causas especiais de aumento de pena às lesões graves, gravíssimas e seguidas de morte praticadas no ambiente doméstico ou familiar.

Como exemplo, o art. 129, §1º (lesão grave), que tem pena prevista de 01 a 05 anos, terá a pena majorada de 1/3, se o crime for cometido em ambiente doméstico ou familiar. O mesmo

ocorrendo com os §§2º (lesão gravíssima - pena de 02 a 08) e 3º (lesão seguida de morte - pena 04 a 12).

Consequência da majoração de 1/3 nesses crimes:

- §1º: 01 a 05 anos - Não mais admite suspensão condicional do processo.
- §2º: 02 a 08 anos - Não mais admite a 'sursis' comum ou especial.
- §3º: 04 a 12 anos - Não mais admite regime inicial aberto.

17.5. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA NOS CRIMES COMETIDOS CONTRA DEFICIENTES (§11)

Prevalece que é uma majorante exclusiva da lesão corporal leve qualificada do §9º. Se o deficiente for vítima de lesão grave em ambiente doméstico e familiar, somente se aplica a majorante do §10.

17.6. SISTEMATIZANDO

<table>
<tr><th>LESÃO DOLOSA LEVE (caput)</th><th>LESÃO DOLOSA GRAVE (§1º)</th><th>LESÃO DOLOSA GRAVÍSSIMA (§2º)</th><th>LESÃO SEGUIDA DE MORTE (§3º)</th></tr>
<tr><td>Pena: 03 meses a 01 ano</td><td>Pena: 01 ano a 05 anos</td><td>Pena: 02 a 08 anos</td><td>Pena: 04 a 12 anos</td></tr>
<tr><td>Obs.: se praticada no âmbito doméstico e familiar, passa a incidir o § 9º, com pena de 03 meses a 03 anos.</td><td colspan="3">Obs.: se praticadas no âmbito doméstico e familiar passa a incidir o § 10, as penas serão aumentadas em um terço.</td></tr>
<tr><td>Deixa de ser infração de menor potencial ofensivo</td><td>Deixa de admitir suspensão condicional do processo</td><td>Deixa de admitir sursis</td><td>Deixa de admitir regime inicial aberto</td></tr>
</table>

18. LESÃO CORPORAL FUNCIONAL

A Lei 13.142/2015 acrescentou o § 12 ao art. 129 do CP, prevendo o seguinte:

> *Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano.*
> *(...)*
> *Aumento de pena*
> *(...)*
> *§ 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da*

Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

A causa de aumento prevista no novo § 12 do art. 129 do CP aplica-se para todas as espécies de lesão corporal DOLOSA, incluindo:

- Lesão corporal leve (art. 129, caput);
- Lesão corporal grave (art. 129, § 1º);
- Lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º);
- Lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º).

Fica de fora, portanto, a lesão corporal culposa (art. 129, § 6º do CP).

Para que incida essa causa de aumento, serão necessários também dois requisitos:

- Requisito 1: lesão corporal contra integrantes dos órgãos de segurança pública ou contra seus familiares.
- Requisito 2: o delito deve ter relação com a função desempenhada.

Em resumo[3]:

	Requisito 1: Condição da vítima	Requisito 2: Relação com a função
A pena da LESÃO CORPORAL será aumentada de 1/3 a 2/3 se ela tiver sido praticada contra...	1) autoridade, agente ou integrante da (o)(s): • Forças Armadas; • Polícia Federal; • Polícia Rodoviária Federal; • Polícia Ferroviária Federal; • Polícias Civis; • Polícias Militares; • Corpos de Bombeiros Militares; • Guardas Municipais; • Agentes de segurança viária*; • Sistema Prisional • Força Nacional de Segurança Pública.	...desde que o crime tenha sido praticado contra a pessoa no exercício das funções ao lado listadas ou em decorrência dela.
	2) cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau de algumas das pessoas acima listadas.	

3 Quadro elaborado pelo Professor Márcio Cavalcante, disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/07/comentarios-sobre-lei-131422015-que.html#:~:text=Coment%C3%A1rios%20sobre%20a%20Lei%2013.142%2F2015%2C%20que%20trata%20sobre%20a,seguran%C3%A7a%20p%C3%BAblica%20ou%20seus%20familiares&text=Ol%C3%A1%20amigos%20do%20Dizer%20o%20Direito%2C&text=Trata%2Dse%20da%20Lei%20n,a%20Lei%20de%20Crimes%20Hediondos.

Por fim, a lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição é CRIME HEDIONDO.

19. AÇÃO PENAL NO CRIME DE LESÃO CORPORAL

Em regra, a ação penal nos crimes de lesão corporal é pública incondicionada.

Contudo, tratando-se de lesão corporal leve ou lesão corporal culposa a ação penal será condicionada à representação da vítima (art. 88 da Lei 9.099/95).

Importe consignar que qualquer lesão corporal, mesmo que leve ou culposa, praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas é crime de ação penal INCONDICIONADA, ou seja, o Ministério Público pode dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima.

Este foi o entendimento do STJ, consolidado na Súmula 542.

> *Súmula 542-STJ: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.*

Para não esquecer:

- Se uma mulher sofrer lesões corporais no âmbito das relações domésticas, ainda que leves, e procurar a delegacia relatando o ocorrido, o delegado não precisa fazer com que ela assine uma representação, uma vez que a lei não exige representação para tais casos. Bastará que a autoridade policial colha o depoimento da mulher e, com base nisso, havendo elementos indiciários, instaure o inquérito policial;

- Em caso de lesões corporais leves ou culposas que a mulher for vítima, em violência doméstica, o procedimento de apuração na fase pré-processual é o inquérito policial e não o termo circunstanciado. Isso porque não se aplica a Lei nº 9.099/95, que é onde se prevê o termo circunstanciado;

- Se a mulher que sofreu lesões corporais leves de seu marido, arrependida e reconciliada com o cônjuge, procura o Delegado, o Promotor ou o Juiz dizendo que gostaria que o inquérito ou o processo não tivesse prosseguimento, esta manifestação não terá nenhum efeito jurídico, devendo a tramitação continuar normalmente;

- Se um vizinho, por exemplo, presencia a mulher apanhando do seu marido e comunica ao delegado de polícia, este é obrigado a instaurar um inquérito policial para apurar o fato, ainda que contra a vontade da mulher. A vontade da mulher ofendida passa a ser absolutamente irrelevante para o início do procedimento;

- É errado dizer que todos os crimes praticados contra a mulher, em sede de violência doméstica, serão de ação penal incondicionada. Continuam existindo crimes praticados contra a mulher (em violência doméstica) que são de ação penal condicionada, desde que a exigência de representação esteja prevista no Código Penal ou em outras leis, que não a Lei 9.099/95. Assim, por exemplo, a ameaça praticada pelo marido contra a mulher continua sendo de ação pública condicionada porque tal exigência consta do parágrafo único do art. 147 do CP.

RIXA

Obs.: Não possui muita incidência, não achamos questões de Carreiras Jurídicas depois de 2011.

1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

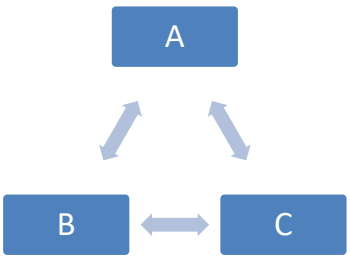
O crime de rixa está tipificado no art. 137 do CP. Vejamos:

> *Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:*
> *Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.*
> *Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.*

Perceba que tanto a forma simples quanto à forma qualificada são infrações de menor potencial ofensivo, sendo cabível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95.

2. CONCEITO

Rixa é a briga perigosa entre mais de duas pessoas agindo cada uma por sua conta e risco, acompanhada de vias de fato ou violências recíprocas, podendo ou não haver a utilização de armas.



3. BEM JURÍDICO TUTELADO

Tutela-se a incolumidade física e mental da pessoa humana. Pode-se afirmar que indiretamente a rixa tutela a ordem e a paz pública.

4. SUJEITO ATIVO

É crime comum, portanto, pode ser praticado por qualquer pessoa.

Importante consignar que a rixa é um crime de concurso necessário ou plurissubjetivo, de conduta contraposta (condutas voltam-se umas contra as outras), exigindo, no mínimo a participação de três pessoas.

Veja como **já foi cobrado**:

VUNESP MP/SP (2008): É crime plurissubjetivo ou de concurso necessário. Correto!

Eventuais inimputáveis, até mesmo briguentos não identificados, são computados na contagem do mínimo de três necessários para configuração do delito.

5. SUJEITO PASSIVO

Poderá ser qualquer pessoa, não apenas os briguentos. Inclusive eventual pessoa atingida pelo tumulto.

Rogério Grego destaca que o crime de rixa é um caso excepcional em que o sujeito ativo é também passivo, em virtude das mútuas agressões.

VUNESP MP/SP (2008): É possível uma pessoa ser sujeito ativo e passivo do mesmo crime. Correto!

6. CONDUTA

O crime de rixa pune a conduta de "participar de rixa", significa tomar parte do tumulto. Podendo a participação ser material ou moral:

PARTICIPAÇÃO MATERIAL	PARTICIPAÇÃO MORAL
O participante toma parte na luta, será **partícipe da rixa**.	O participante, sem tomar parte na luta, incentiva os contendores. Será **partícipe do crime de rixa**.

Por fim, a rixa não pressupõe contato físico, sendo perfeitamente possível rixa à distância, a exemplo de arremesso de objetos (pedras, garrafas).

7. ELEMENTO SUBJETIVO

É dolo de perigo (eventual ou direito), ou seja, a vontade consciente de tomar parte na luta ou incentivar os briguentos, pouco importando o motivo da rixa.

Desta forma, aquele que entra para separar os contendores não comete o crime de rixa, tendo em vista que ausente o dolo.

8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Segundo Rogério Sanches, "*o delito consuma-se com o início do conflito, isto é, com a efetiva troca de agressões entre os rixosos. Trata-se de crime de perigo presumido (ou abstrato), punindo-se a simples troca de agressões, pouco importando haja ou não ferimentos (a não ser para majorar a pena quando graves ou provocadores de morte)*".

A maioria da doutrina entende que não é cabível a tentativa, tendo em vista que se trata de crime unissubsistente. Parcela minoritária (Nelson Hungria) entende que seria possível no caso de rixa previamente ajustada (*rixa ex proposito*) que não se consuma por circunstâncias alheias a vontade dos agentes, por exemplo a polícia aparece.

Veja como **já foi cobrado**:

MPE/MS (2011): O crime de rixa na forma tentada ocorre quando os rixosos não conseguem consumá-lo por circunstâncias alheias à sua vontade. Correto a prova adotou o entendimento minoritário de Nelson Hungria.

9. RIXA E LEGÍTIMA DEFESA

Pertinente distinguirmos duas situações:

1ª SITUAÇÃO: PESSOA NÃO PARTICIPANTE DA LUTA	2ª SITUAÇÃO: PESSOA PARTICIPANTE DA RIXA
A, B e C brigando, geram um perigo real para D, que para não ser engolido pelo tumulto, empurra os rixosos, se desvencilha em legítima defesa.	A, B, C e D lutam com chutes, socos e pontapés. Em determinado momento da luta, C percebe que B arma-se com revolver, e, percebendo a desproporcionalidade, para não ser atingido pelo projétil, mata B.
Legítima defesa.	A reação de C não exclui o delito de rixa já consumado, mas exclui a ilicitude do homicídio. Ou seja, responde somente por rixa.

10. RIXA QUALIFICADA

Prevê o parágrafo único do art. 137 do CP que havendo morte ou lesão corporal grave a pena da rixa será de seis meses a dois anos.

Art. 137, Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

Há três sistemas de punição:

1º SISTEMA: SOLIDARIEDADE ABSOLUTA	2ª SISTEMA: CUMPLICIDADE CORRESPECTIVA	3º SISTEMA: AUTONOMIA
Se da rixa resultar lesão grave ou morte, todos os participantes respondem pelo evento (lesão grave ou homicídio), independentemente de se apurar quem foi o seu real autor.	Havendo lesão grave ou morte e não sendo apurado o seu autor, todos os participantes respondem por esse resultado, sofrendo, entretanto, sanção intermediária a de um autor e de um partícipe.	A rixa é punida por si mesma independentemente do resultado lesão grave ou morte, o qual, se ocorrer, somente qualificará o delito. Apenas o causador da lesão grave ou morte, se identificado, responderá também (concurso) pelos delitos dos artigos 121 e 129. Adotado pelo CP.

Segundo Rogério Sanches, "*a rixa qualificada, segundo alguns, é um dos últimos resquícios de responsabilidade objetiva que estão em vigor em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a redação do tipo deixa claro que todos os participantes (inclusive a vítima machucada) respondem pelo crime agravado, independentemente de se identificar o verdadeiro autor da lesão ou da morte*".

Para ficar claro, imagine as seguintes situações hipotéticas:

1ª SITUAÇÃO: A, B, C, e D participam de uma rixa. D sofre lesão grave, não se identificou o autor do golpe fatal.

Em razão da lesão corporal, todos responderão por rixa qualificada. Inclusive D (a vítima), tendo em vista que a qualificadora considera o maior perigo da luta e D, de qualquer modo, concorreu para o maior perigo, mesmo que tenha sofrido a lesão grave

2ª SITUAÇÃO: A, B, C, D participam de uma rixa. D morre. C foi identificado como autor do golpe fatal.

Em razão da morte, A e B responderão por rixa qualifica. C, de acordo com o entendimento majoritário, irá responder por rixa qualificada, por conta do maior perigo da briga e por homicídio, em razão da morte (não há *bis in idem*).

3ª SITUAÇÃO: A, B, C e D participam de uma rixa. C abandona a luta às 19 horas. D morre às 20 horas. Não foi identificado o causador da morte.

Em razão da morte, todos respondem por rixa qualificada. Inclusive C, porque, de qualquer modo, contribuiu para o maior perigo da luta.

4ª SITUAÇÃO: A, B, C e D. D morre às 20 horas. E substitui D que morreu. O autor do golpe fatal não foi identificado.

Em razão da morte, A, B, C responderão por rixa qualificada. E responderá por rixa simples, tendo em vista que não contribuiu de nenhuma forma para morte de D.

Veja como **já foi cobrado**:

MPE/PB (2010): A ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte qualifica o delito de rixa, respondendo por ela, inclusive, a vítima da lesão grave. Correto!

MPDFT (2009): O rixoso que sofre a lesão corporal de natureza grave, causa de aumento de pena no crime em questão, não responde por esta circunstância. Errado! Há dois erros na questões: trata-se de qualificadora e não causa de aumento de pena, além disso o agente que sofre a lesão também responde por rixa qualificada.

MPDFT (2009): Descoberto o autor da morte ocorrida durante uma rixa, imputa-se a este o crime de acordo com o elemento volitivo que informou a sua conduta, excluindo- se os demais rixosos que passam a responder pela forma simples do crime de rixa prevista no artigo 137 do CP. Errado!

11. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal incondicionada.

CRIMES CONTRA A HONRA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. PREVISÃO LEGAL

O Código Penal prevê três figuras como crime contra a honra: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140).

> *Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.*
>
> *Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*
>
> *Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

Podemos sistematizar:

	CONDUTA	OFENSA	EXEMPLO
CALÚNIA	Imputação de determinado fato, *previsto como crime, sabidamente falso.*	Ofende **honra objetiva** (reputação). O que a sociedade pensa da pessoa.	Afirmar que "A" roubou o Banco do Brasil, no dia 12/06, às 17h, sabendo que não aconteceu.
DIFAMAÇÃO	Imputação de determinado fato *desonroso, não importando se verdadeiro ou falso.*	Ofende a **honra objetiva** (reputação).	Afirmar que "A" só trabalha depois que ingere bebida alcoólica.
INJÚRIA	Atribuição de *qualidade negativa*	Ofende a **honra subjetiva** (dignidade, decoro). O que a pessoa pensa de si mesmo	Afirmar que "A" é charlatão.

1.2. NATUREZA SUBSIDIÁRIA

Os crimes contra honra tipificados no Código Penal possuem natureza subsidiária ou residual, tendo em vista que sua aplicação somente ocorrerá quando a conduta não se encaixar em um tipo penal específico, previsto na legislação especial.

Cita-se, como exemplo, os crimes contra honra previstos no Código Penal Militar, no Código Eleitoral, na Lei de Segurança Nacional etc.

Obs.: A Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF, conforme entendeu no STF no julgamento da ADPF 130. Desta forma, aplica-se o Código Penal quando a imprensa pratica crimes contra a honra.

2. CONCEITO DE HONRA

Importante destacar que a honra, nos termos do art. 5º, X, da CF é um direito fundamental. Portanto, perceba que o referido dispositivo valida os crimes contra a honra.

A honra consiste no conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais de uma pessoa, tornando-a merecedora de respeito perante a sociedade e que promovem sua autoestima.

3. ESPÉCIES DE HONRA

3.1. HONRA OBJETIVA x HONRA SUBJETIVA

HONRA OBJETIVA	HONRA SUBJETIVA
Trata-se da visão que os demais membros da sociedade possuem acerca dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém.	Consiste na visão que a pessoa possui sobre si, quanto as suas qualidades físicas, morais e intelectuais.
Calúnia e Difamação, por isso a consumação ocorre apenas quando terceira pessoa tem conhecimento da ofensa.	Injúria, por isso a consumação ocorre quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima.

3.2. HONRA COMUM x HONRA ESPECIAL (PROFISSIONAL)

HONRA COMUM	HONRA ESPECIAL OU PROFISSIONAL
É a honra inerente a toda e qualquer pessoa.	É a honra que diz respeito a atividade específica exercida pela vítima.
Ex: chamar uma pessoa de burra, de feia, de desleixada.	Ex: chamar um cirurgião de açougueiro; um goleiro de mão de alface.

4. CALÚNIA

4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A calúnia está tipificada no art. 138 do CP. Vejamos:

> *Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido **como crime**:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.*
> *§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.*
> *§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.*
> *Exceção da verdade*
> *§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:*
> *I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;*
> *II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;*
> *III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.*

Trata-se, na modalidade simples, de infração de menor potencial ofensivo, admitindo-se a transação penal e a suspensão condicional do processo, quando preenchidos os requisitos legais. Porém, não se aplica o acordo de não persecução penal (para a modalidade básica, quando não incide causa de aumento).

Segundo Cleber Masson, o tipo penal é redundante, tendo em vista que caluniar significa imputar falsamente fato definido como crime, é como se estive escrito: "*caluniar alguém, caluniando-o*". Portanto, a redação correta seria: "*Imputar falsamente a alguém fato definido como crime*"

4.2. CONCEITO

Calúnia, também chamada de difamação qualificada, é a imputação falsa de um fato definido como crime.

4.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Como visto, a calúnia atinge a honra objetiva, ou seja, a visão que os demais membros da sociedade possuem acerca dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém.

4.4. OBJETO MATERIAL

É a pessoa que tem sua honra atingida pela conduta criminosa.

Destaca-se que, em situações excepcionais, admite-se a calúnia contra a pessoa jurídica.

4.5. NÚCLEO DO TIPO

"Imputar" significa atribuir a prática de algo a alguém. Para que ocorra a tipificação da calúnia, o fato imputado deve ser um crime, qualquer que seja ele: culposo, doloso, preterdoloso,

de ação penal privada, de ação penal pública, de ação penal incondicionada, comum, hediondo, de menor potencial ofensivo etc.

Inclusive é possível que ocorra calúnia imputando falsamente um outro crime de calúnia. Por exemplo, “A” imputa falsamente a prática de uma calúnia a “B”.

Obs.: a imputação de falsa contravenção penal não caracteriza calúnia. Haverá, contudo, difamação.

Salienta-se que o fato falsamente imputado como crime deve ser determinado, especificando a vítima do crime, as circunstância em que foi praticado. A imputação não pode ser genérica, vaga, imprecisa e indeterminada, por exemplo afirmar que “A” cometeu um homicídio.

Igualmente, é necessário que o fato imputado seja verossímil, ou seja, possível de ser praticado pela vítima da calúnia.

4.6. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO PENAL

A expressão “falsamente” é o elemento normativo da calúnia. Assim, não basta atribuir um fato criminoso, o fato deve ser falso, tendo em vista que a finalidade é proteger a honra das pessoas inocentes. Não se protege a honra daquele que efetivamente praticou o delito que lhe é imputado.

Destaca-se que a imputação falsa poderá recair sobre:

a) O fato praticado – imputação objetiva;

b) O envolvimento da vítima – imputação subjetiva.

4.7. FORMAS DE CALÚNIA

4.7.1. Inequívoca ou explícita

É a calúnia feita às claras, ou seja, não há nenhuma dúvida sobre a intenção de ofender a honra alheia.

4.7.2. Equívoca ou implícita

Trata-se da calúnia feita de forma sub-reptícia, ou seja, feita de forma escondida.

4.7.3. Reflexa

Ocorre quando o agente, ao caluniar uma pessoa, acaba caluniando de forma indireta outra pessoa.

4.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime de calúnia, por atingir a honra objetiva, estará consumado quando a imputação falsa do crime chegar ao conhecimento de terceira pessoa (basta que seja uma única pessoa).

Salienta-se que não é necessário que a vítima tome conhecimento da ofensa. Embora, em regra, seja de ação penal privada. Além disso, é dispensável o dano efetivo à sua reputação (crime formal - basta a potencialidade lesiva).

Em relação à tentativa, segundo a doutrina majoritária, tratando-se de calúnia verbal não cabe tentativa; sendo admissível no caso de calúnia por escrito. Cleber Masson ensina que mesmo na calúnia verbal, em razão das novas tecnologias (chamadas de voz, chamadas de vídeo), é cabível a tentativa.

4.9. SUBTIPO DA CALÚNIA

O art. 138, §1º do CP pune com a mesma pena da calúnia aquele que, sabendo que imputação é falsa, resolve propalar (relatar verbalmente) ou divulgar (relatar por qualquer outro meio).

> *Art. 138, § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga*

Aqui, apenas se admite dolo direito “sabendo falsa a imputação”.

A consumação, assim como no *caput*, só irá ocorrer quando chegar ao conhecimento de outra pessoa (basta uma única pessoa).

4.10. CALÚNIA CONTRA OS MORTOS

A calúnia contra os mortos, nos termos do §2º do art. 138 do CP, é punível.

> *Art. 138, § 2º - É punível a calúnia contra os mortos.*

Perceba que a vítima não será a pessoa morta, que não possui mais honra objetiva, mas sim as pessoas que estão vinculadas a ele.

Imagine, por exemplo, que “A” imputa falsamente a “B” (morto) a prática de um crime de estupro.

4.11. CALÚNIA x DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

CALÚNIA	DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA
Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.	*Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020).*
Delito contra a honra	Crime contra a administração da justiça.
A intenção única é ofender a honra.	Mais do que ofender a honra, a intenção do agente é ver instaurado procedimento judicial contra alguém que sabe inocente.
Ação penal privada, em regra.	Ação penal pública incondicionada
Não se admite calúnia com imputação falsa de contravenção penal.	Admite-se denunciação caluniosa com a imputação de contravenção penal, importando em uma redução da pena pela metade. Chamada de denunciação caluniosa privilegiada.

4.12. EXCEÇÃO DA VERDADE

4.12.1. Conceito

Trata-se de um incidente processual (não cabe na fase investigatória) e prejudicial (impede a análise do mérito), forma de defesa indireta (apresentada junto com a resposta à acusação), através da qual o acusado da prática de calúnia pretende provar a veracidade do que alegou e se eximir de responsabilidade pelo suposto crime contra a honra que lhe foi imputado.

Observe a redação do §3º do art. 138 do CP:

> *Art. 138, § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:*
> *I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;*
> *II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;*
> *III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.*

Salienta-se que a falsidade da imputação é presumida (presunção relativa – admite prova em sentido contrário). Sendo procedente a exceção (concluindo-se que a afirmação era verdadeira), configura-se a atipicidade da calúnia, pela falta de elementar do tipo “falsamente”.

4.12.2. Autoridade pública com prerrogativa de foro

Caso a calúnia envolva autoridade pública com prerrogativa de foro, por exemplo um Promotor de Justiça com foro especial no TJ/RS, a exceção da verdade será analisada pelo Tribunal de Justiça.

4.12.3. Momento para apresentação

A exceção da verdade deve ser apresentada junto com a resposta à acusação (primeira instância – rito comum) e na defesa prévia (crimes de competência originária dos tribunais).

4.12.4. Cabimento

Na calúnia, em regra, é cabível a exceção da verdade, tendo em vista que a falsidade da imputação é um elemento do tipo.

Contudo, em três hipóteses, excepcionalmente, não é cabível a exceção da verdade:

I - Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível

Imagine, por exemplo, que 'A' imputa a 'B' o cometimento do delito de exercício arbitrário das próprias razões' (art. 345) contra 'C'. 'B' ingressa com queixa crime contra 'A' (por calúnia). 'A' pode buscar provar a verdade? NÃO, pois 'A' não tem o direito de provar um fato (delito de exercício) ao qual cabe somente a 'C' dar publicidade (princípio da disponibilidade da ação privada).

A razão de impedir a prova da verdade consiste em não admitir que terceiro prove a verdade de um crime do qual a própria vítima preferiu o silêncio, evitando o *strepitus judicii*.

Rogério Greco defende a inconstitucionalidade dessa vedação ao uso da prova da verdade, pois violaria o princípio da ampla defesa e presunção de inocência. O acusado injustamente de calúnia ficaria ceifado do direito de provar a atipicidade de sua conduta.

II - Se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no inciso I do art. 141

O art. 141, I do CP traz a figura do Chefe de Governo/Estado Estrangeiro e do Presidente da República.

- Motivo Chefe estrangeiro: razões diplomáticas.
- Motivo Presidente: a honra da presidente é a própria honra da República. Quem sabe de fato desonroso por ele cometido, deve denunciar às autoridades competentes para julgá-lo, e não ficar dilacerando sua honra aos quatro ventos.

Rogério Greco também defende a não-recepção desse dispositivo. Não permitir que um inocente do crime de calúnia prove sua inocência através da exceção, é o mesmo que presumir que o sujeito é culpado, o que viola frontalmente o princípio da presunção de inocência.

III - Se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível

Imagine, por exemplo, que 'A' imputou a 'B' o homicídio de 'C'. 'B', absolvido definitivamente deste homicídio ingressa com queixa por calúnia contra 'A'. 'A' pode provar a verdade? Não, pois

facultar a prova da verdade, nesse caso, equivale a permitir a exumação de um fato acobertado pela coisa julgada.

Indaga-se: ***existe calúnia com a imputação VERDADEIRA de fato definido como crime***? Em uma interpretação conjunta do Código Penal, é possível afirmar que sim. É o que ocorre quando a imputação é verdadeira, mas não se admite a exceção da verdade.

Veja como **já foi cobrado**:

MP/GO (2019): E punível a calúnia contra os mortos. Ainda, admite-se no crime de calúnia a prova da verdade, salvo se: 1) constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; 2) se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141 (Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro); 3) se do crime imputado, em bora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. Correto!

4.13. EXCEÇÃO DA NOTORIEDADE

Previsto no CPP, trata-se de outro meio de defesa indireta, porém com objetivo diverso.

CPP, Art. 523. Quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.

Rogério Sanches: Aqui, busca-se provar que o fato, verdadeiro ou falso, é público e notório. A procedência dessa exceção gera absolvição por crime impossível (atipicidade). Não é possível macular a honra que já está notoriamente maculada.

Rogério Greco: O objetivo da notoriedade é demonstrar que o agente da calúnia realmente pensava que o fato era verdadeiro, pois a notoriedade dele assim o induziu a crer. Atua, dessa forma, em erro de tipo, excluindo o dolo e consequentemente o crime.

5. DIFAMAÇÃO

5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A difamação está tipificada no art. 139 do CP. Observe:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
Exceção da verdade
Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, de competência do JECrim.

5.2. CONCEITO

Difamar é imputar a alguém fato ofensivo (não precisa ser criminoso) à sua reputação (honra objetiva), não importando se verdadeiro ou não.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE TJ/PA (2019) - A configuração do crime de difamação pressupõe a existência de fato não tipificado. Correto!

Importante salientar que o STF (AP 1021 – Info 987[4]) entendeu que configura difamação a conduta do agente que publica vídeo de um discurso no qual a frase completa do orador é editada, transmitindo a falsa ideia de que ele estava falando mal de negros e pobres. A edição de um vídeo ou áudio tem como objetivo guiar o espectador e, quando feita com o objetivo de difamar a honra de uma pessoa, configura dolo da prática criminosa. Vale ressaltar que esta conduta do agente, ainda que praticada por Deputado Federal, não estará protegida pela imunidade parlamentar.

5.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Assim como na calúnia, a difamação ofende a honra objetiva.

5.4. OBJETO MATERIAL

Será a pessoa atingida em sua honra, poderá ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica.

5.5. NÚCLEO DO TIPO

É o verbo “difamar”. Salienta-se que o fato imputado não precisa ser falso, pode perfeitamente ser um fato verdadeiro, tendo em vista que o tipo penal não traz a elementar “falsamente”.

5.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação ocorre quando a difamação chega ao conhecimento de terceira pessoa, não precisa ser do conhecimento da vítima.

Cabe tentativa, para doutrina clássica, apenas quando for escrita. Por outro lado, a doutrina moderna sustenta que será cabível tanto na forma verbal quanto escrita, em razão dos novos meios de comunicação.

5.7. EXCEÇÃO DA VERDADE

4 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2e7638c6f7667569fe469fec28c7405b?categoria=11&subcategoria=104

Prevê o parágrafo único do art. 139 do CP que a exceção da verdade será cabível, mas apenas quando o ofendido for funcionário público e nos casos em que a ofensa tiver relação com o desempenho de suas funções.

> *Art. 139, Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.*

Portanto, em regra, não cabe exceção da verdade, uma vez que, mesmo verdadeira, a imputação realizada pode configurar ofensa à reputação da vítima, configurando a difamação (o tipo penal da difamação não exige a falsidade do fato imputado).

EXCEPCIONALMENTE, admite-se a prova da verdade se a vítima da difamação é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (*propter officium*). Por exemplo, imputar ao juiz o fato de trabalhar bêbado.

A exceção fundamenta-se no resguardo da honorabilidade do exercício da função pública. É de interesse da Administração apurar possíveis faltas de seus funcionários no exercício da função.

A consequência da procedência da exceção da verdade é a exclusão da ilicitude. Trata-se de hipótese especial de exercício regular de um direito.

Obs.: Perceber que na calúnia, a exceção da verdade exclui a tipicidade, por faltar o "falso". Aqui, não precisa ser fato falso.

Indaga-se: ***cabe exceção da verdade na difamação contra o Presidente da República***? Não. A exposição de motivos do CP, no seu item 49, alerta que a exceção da verdade na difamação não alcança o Presidente da República ou Chefe de governo em visita ao país, pelos mesmos motivos que já vimos não ser admissível a *exceptio* na calúnia contra esses personagens (razões políticas e diplomáticas).

5.8. EXCEÇÃO DA NOTORIEDADE

Também é possível exceção de notoriedade, configurando crime impossível por absoluta inidoneidade do meio utilizado para a prática do crime (a pretensa difamação não atingiu a honra do sujeito, uma vez que, pela notoriedade do fato, a honra já está maculada).

EXCEÇÃO DA VERDADE	138 – CALÚNIA	139 – DIFAMAÇÃO
REGRA	Admite.	Não admite.
EXCEÇÕES	Art. 138 §3º, I, II e III (aqui não admite exceção da verdade): -Crime de ação privada e não foi condenado. -Pessoas do art. 141 (presidente e chefe de governo estrangeiro) -Absolvido por sentença irrecorrível.	Art. 139, §único (aqui admite a exceção da verdade): -Funcionário público – *propter officium*.

PROCEDÊNCIA	Absolvição → atipicidade.	Absolvição → exercício regular de direito (descriminante especial – exclui a ilicitude).
EXCEÇÃO DE NOTORIEDADE	Admite.	Admite.

6. INJÚRIA

6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A injúria, terceiro crime contra a honra, encontra-se disciplinada no art. 140 do CP. Vejamos:

> *Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*
> *§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:*
> *I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;*
> *II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.*
> *§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.*
> *§ 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.*

Igualmente, é infração de menor potencial ofensivo, de competência do JECrim.

6.2. CONCEITO

Haverá ofensa à dignidade quando os atributos morais de alguém forem atingidos, já a ofensa ao decoro ocorrerá quando os atributos físicos e intelectuais forem atingidos.

Perceba que na injúria não há atribuição de fato, atinge a honra subjetiva.

6.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Como mencionado, a injúria atinge a honra subjetiva, ou seja, o conceito que cada pessoa possui sobre si mesma acerca de seus atributos físicos, morais e intelectuais.

6.4. OBJETO MATERIAL

Será apenas a pessoa física atingida pela ofensa.

6.5. NÚCLEO DO TIPO

É o verbo “injuriar” que significa falar mal, ofender, xingar, de modo a rebaixar/atacar o juízo que cada um faz de si próprio. Salienta-se que basta um xingamento, não se exige a imputação de fato determinado.

Em regra, a injúria é praticada por ação.

Indaga-se: ***cabe injúria por omissão***? De acordo com Magalhães Noronha, a injuria pode ser praticada por omissão, a exemplo da pessoa que se tem um aperto de mão negado.

Admite-se injúria indireta/reflexa quando ao injuriar determinada pessoa o agente acaba injuriando outra pessoa. Por exemplo, o agente chama “A” casado de corno, perceba que a conduta atinge o homem casado e reflexamente a esposa.

O STF, no Informativo 919, julgou um caso semelhante. Observe:

> *A esposa tem legitimidade para propor queixa-crime contra autor de mensagem que insinua que o seu marido tem uma relação extraconjugal com outro homem. Se alguém alega que um indivíduo casado mantém relação homossexual extraconjugal com outro homem, a esposa deste indivíduo tem legitimidade para ajuizar queixa-crime por injúria, alegando que também é ofendida. STF. 1ª Turma. Pet 7417 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/10/2018 (Info 919).*

Veja como **já foi cobrado**:

PC/AC (2017): Xingar um homem casado de "corno" ou “cornudo” é uma hipótese de injúria reflexa, dando azo ao concurso formal de crimes. Correto!!

6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Por atingir a honra subjetiva, a injúria estará consumada quando a ofensa chegar ao conhecimento da vítima. Pouco importa se terceira pessoa tomou conhecimento da ofensa.

Importante distinguirmos:

a) Injúria imediata – a vítima toma conhecimento da ofensa diretamente pelo agente;

b) Injúria mediata – a vítima toma conhecimento da ofensa por terceira pessoa.

É perfeitamente possível a tentativa de injúria, seja por escrito ou verbal (chamada de vídeo).

Salienta-se que, conforme o entendimento do STJ (Resp. 1765673 – Info 672), a ausência de previsibilidade de que a ofensa chegue ao conhecimento da vítima afasta o dolo específico do delito de injúria, tornando a conduta atípica. Observe a explicação do Professor Márcio Cavalcante[5]:

5 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ce89f6b11bdc5b365085a84036e9365b?categoria=11&subcategoria=104

Rita e Adriana trabalhavam em um órgão público. Rita ligou para o ramal telefônico de Adriana para falar sobre um requerimento de abono de faltas que ela havia solicitado. Adriana avisou, então, que Reginaldo (chefe do setor) havia indeferido o pedido. Ao saber de tal fato, Rita passou a proferir ofensas contra ele, afirmando para Adriana: "este macaco, preto sem vergonha está indeferindo a minha falta". Vale ressaltar, contudo, que, momentos antes, Reginaldo, que estava no mesmo setor que Adriana, havia retirado o telefone do gancho para fazer uma ligação e acabou por ouvir as palavras injuriosas proferidas por Rita. O Ministério Público ofereceu denúncia contra Rita pela prática do crime de injúria racial (art. 140, § 3º do CP). Para o STJ, não houve crime. Isso porque o delito de injúria se consuma quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima, sendo necessário dolo específico de ofender a honra subjetiva da vítima. A acusada não tinha como saber que a vítima estava ouvindo o teor da conversa pela extensão telefônica. Como a injúria se consuma com a ofensa à honra subjetiva de alguém, não há que se falar em dolo específico no caso em que a vítima não era seu interlocutor na conversa telefônica e, acidentalmente, tomou conhecimento do teor da conversa. O tipo penal em questão exige que a ofensa seja dirigida ao ofendido com a intenção de menosprezá-lo, ofendendo-lhe a honra subjetiva.

6.7. EXCEÇÃO DA VERDADE

Como visto, na calúnia a regra é o cabimento da exceção da verdade, salvo quando se tratar de presidente e chefe de estado estrangeiro; se o fato criminoso imputado constitui crime de ação penal privada; se o fato imputado já está acobertado pela coisa julgada material. Em relação à difamação, a regra é o não cabimento da exceção da verdade, sendo admissível apenas quando houver ofensa a funcionário público em razão de suas funções.

A injúria, por sua vez, não admite exceção da verdade em nenhuma hipótese, tendo em vista que não há previsão legal, bem como a essência da exceção da verdade é incompatível com a injúria que ofende a honra subjetiva.

Veja como já foi cobrado:

FCC TJ/MS (2020): Cabível a exceção da verdade na difamação e na ~~injúria~~. Errado!

MP/GO (2019): Nos crimes de ~~injúria~~ e difamação somente é admissível a exceção da verdade se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. Errado"

MP/SP (2019): No crime de injúria cometido contra funcionário público, em razão de suas funções, é admitida a exceção da verdade. Errada! Admite-se no crime de difamação.

6.8. EXCEÇÃO DA NOTORIEDADE

Igualmente, não é cabível, tendo em vista que a notoriedade está ligada à honra objetiva, enquanto a injúria ofende a honra subjetiva. Além disso, o art. 523 do CPP refere-se a fato imputado, enquanto a injúria não trata de imputação de fato, e sim de qualidade.

6.9. PERDÃO JUDICIAL

O art. 140, §1º do CP prevê o perdão judicial para o crime de injúria.

Art. 140, § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

Salienta-se que o perdão judicial é causa de extinção da punibilidade (art. 107, IX do CP), só podendo ser concedido nos casos expressamente previstos em lei, como ocorre com a injúria.

Importante consignar que, para a maioria da doutrina, trata-se de um direito subjetivo do réu, assim, presentes os requisitos o juiz estará obrigado a conceder. Cleber Masson, por sua vez, discorda, entende que o legislador autoriza o juiz a perdoar, mas cabe a ele decidir, na análise do caso concreto, se irá ou não proferir uma sentença declaratória de extinção da punibilidade.

Poderá ser concedido nos casos de:

a) Provocação reprovável

Imagine, por exemplo, que "A" provoca (com um tapa na cara) "B", que responde com uma injúria. O perdão judicial atingirá apenas "B".

Destaca-se que a expressão "reprovável" é um elemento normativo do tipo, ou seja, o juiz deve analisar o caso concreto, para definir se a provocação foi ou não reprovável. Além disso, "diretamente" significa que o provocador deve estar no mesmo local que a vítima, ainda que virtualmente.

b) Retorsão

Entende-se por retorsão o revide, a reação. Imagine, por exemplo, que "A" injuria "B", que responde com outra injúria (não se aplica quando a reação for com uma calúnia ou com uma difamação).

Trata-se, de acordo com a doutrina, de espécie de legítima defesa anômala.

Aqui, o perdão judicial irá beneficiar "A" e "B".

Em resumo:

PROVOCAÇÃO (art. 140, §1º, I)	RETORSÃO IMEDIATA (art. 140, §1º, II)
Ex.: tapa no rosto →injúria.	Ex.: xingamento (injúria) → injúria.
Perdão só beneficia o que foi provocado.	Perdão beneficia os dois.

Veja como já foi cobrado:

MP/GO (2019): No crime de injúria, o juiz pode deixar de aplicar a pena quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; e também no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. Correto!

6.10. INJÚRIA REAL

Está prevista no art. 140, §2º do CP. Observe:

> *Art. 140, § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.*

Perceba que, mesmo a injúria real, trata-se de infração de menor potencial ofensivo.

A injúria real, forma qualificada da injúria, consiste no uso de violência ou vias de fato aviltantes (capaz de humilhar e de envergonhar) para ofender a honra subjetiva da vítima, o agente não se vale de palavras ou de xingamentos.

Importante salientar que a violência ou vias de fato não são utilizados como meio de ofender a integridade física da vítima, mas sim como forma de humilhá-la. Por exemplo, tapa na cara (natureza do ato), cuspir em alguém (meio empregado).

Entende-se por:

- Violência – lesão corporal, ou seja, o ataque físico com a intenção de lesionar;
- Vias de fato – agressão física sem a intenção de lesionar. Por exemplo, empurrão contra a parede no meio de uma discussão.

A pena será detenção de três meses a um ano e multa, além da pena correspondente à violência. Trata-se de um concurso de delito necessários, as penas serão somadas no caso de violência. Perceba, no entanto, que as vias de fato ficam absorvidas (não recebem punição autônoma), vale dizer, somente há concurso de delitos quando a injúria for praticada mediante violência.

Prevalece na doutrina que se trata de concurso material necessário (art. 69 do CP), haja vista a previsão de cumulação de penas. Em posição diversa, defende Rogério Grego que se trata na realidade de um concurso formal impróprio (imperfeito) necessário, já que há uma conduta, produzindo dois resultados (desígnios autônomos), com soma das penas (cúmulo material), nos termos do art. 70, “in fine” do CP.

6.11. INJÚRIA QUALIFICADA PELO PRECONCEITO

O art. 140, §3º do CP consagra a forma qualificada da injúria em razão do preconceito. Vejamos:

> *Art. 140, § 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.*

Trata-se de crime de médio potencial ofensivo, admitindo a suspensão condicional do processo quando presentes os requisitos legais.

Consiste na forma qualificada de injúria, em que o agente se utiliza de elementos preconceituosos para atingir a honra subjetiva da vítima. Não se confunde com os delitos de RACISMO previstos na Lei 7.716/89, nos quais o preconceito é exteriorizado através de atos de segregação à vítima.

INJÚRIA QUALIFICADA (ART. 140, §3º CP) "RACISMO IMPRÓPRIO"	RACISMO (LEI 7.716/89)
O agente atribui qualidades negativas, fazendo referência a algum tipo de preconceito para atacar a honra subjetiva da vítima. Ex': Seu albino imundo!	O agente segrega a vítima do convício social em razão da raça ou ofende de forma generalizada. Ex': Você não trabalha na minha escola porque é um albino!
Prescritível	Imprescritível
Afiançável	Inafiançável
Ação pública condicionada à representação (após a Lei 13.033/09)	Ação pública incondicionada

É possível o perdão judicial na injúria preconceito? NÃO, tendo em vista que:

a) A posição topográfica do perdão judicial permite concluir não se aplicar ao §3º (Se o legislador quisesse estender o perdão à injúria qualificada teria o colocado como disposição de encerramento).

b) A injúria preconceito consiste em violação séria à honra da vítima, ferindo uma das metas fundamentais do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, logo incompatível com o perdão judicial.

Exemplo: O sujeito retribui um tapa com uma injúria-preconceito.

Por fim, de acordo como STF (Info 710), a pena prevista para o crime de injúria qualificada (art. 140, § 3º do CP) NÃO é desproporcional, sendo compatível com a CF/88, considerando que tem por objetivo proteger a dignidade da pessoa humana.

6.12. INJÚRIA COMETIDA PELA INTERNET E COMPETÊNCIA

Em regra, a injúria é de competência da Justiça Estadual, ainda que o agente se utilize de rede social com sede no exterior. Nesse sentido:

> *A Seção entendeu que compete à Justiça estadual processar e julgar os crimes de injúria praticados por meio da rede mundial de computadores, ainda que em páginas eletrônicas internacionais, tais como as redes sociais Orkut e Twitter. Asseverou-se que o simples fato de o suposto delito ter sido cometido pela internet não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal. Destacou-se que a conduta delituosa - mensagens de caráter ofensivo publicadas pela ex-namorada da vítima nas mencionadas redes sociais - não se subsumi em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 109, IV e V, da CF. O delito de injúria não está previsto em tratado ou convenção internacional em que o Brasil se comprometeu a combater, por exemplo, os crimes de racismo, xenofobia, publicação de pornografia infantil, entre outros. Ademais, as mensagens veiculadas na internet não ofenderam bens, interesses ou serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Dessa forma, declarou-se competente para conhecer e*

julgar o feito o juízo de Direito do Juizado Especial Civil e Criminal. CC 121.431-SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/4/2012 (Info 495).

6.13. INJÚRIA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO E DESACATO

INJÚRIA	DESACATO
Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*	*Art. 331 - Desacatar funcionário público* ***no exercício da função ou em razão dela****:* *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.*
Crime contra a honra. Tutela a honra subjetiva.	Crime contra a Administração Pública.
Em regra, ação penal privada.	Ação penal pública incondicionada.
Infração de menor potencial ofensivo	Infração de menor potencial ofensivo
Pode ser praticada na presença ou na ausência da vítima.	Deve ser praticado na presença da vítima.
A honra do funcionário público é atacada em razão de sua função, mas na sua ausência (aumento de pena).	A honra do funcionário público é atacada em razão de sua função pública e na sua presença. A honra do funcionário público é atacada no exercício da função.

7. PONTOS COMUNS AOS CRIMES CONTRA A HONRA

7.1. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

a) **Crimes de dano** – o agente quer lesionar a honra objetiva (calúnia e difamação) ou a honra subjetiva (injúria) da vítima;

b) **Crimes formais ou de consumação antecipada ou de resultado cortado** – o tipo penal contém conduta e resultado naturalístico, mas o dispensa para fins de consumação. Em suma, o crime se consuma com a prática da conduta, o resultado naturalístico poderá ocorrer, mas é dispensável.

Basta que a conduta tenha potencialidade de ofender a honra da vítima.

7.2. SUJEITO ATIVO

Os crimes contra a honra podem ser praticados por qualquer pessoa, por isso são chamados de crimes comuns.

Destaca-se que algumas pessoas estão “blindadas”, ou seja, podem proferir ofensas que são praticarão crime contra a honra. É o caso das imunidades parlamentares (complemento constitucional à liberdade de expressão - STF), relacionadas ao exercício de suas funções:

a) Deputados Federais e Senadores (art. 53 da CF)

> *Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*

b) Deputados Estaduais (art. 27, §1º da CF)

> *Art. 27, § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando- sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.*

c) Vereadores (art. 29, VIII da CF)

> *Art. 29, VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município*

Além disso, os advogados, no exercício de sua atividade, possuem imunidade profissional, nos termos do art. 6º, §2º do Estatuto da OAB:

> *Art. 6º, § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ~~ou desacato~~ puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.(Vide ADI 1.127-8)*

7.3. SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa física (certa, determinada ou que possa vir a ser determinada) poderá ser vítima de crime contra a honra, trata-se de crime comum.

Destaca-se que os doentes mentais e os menores de 18 anos também poderão ser vítimas dos crimes contra a honra. Tratando-se de injúria é necessário que tenha o mínimo de capacidade de assimilar a ofensa à sua honra subjetiva.

A pessoa jurídica não possui honra subjetiva, portanto, não poderá ser vítima de injúria. Contudo, é perfeitamente possível que seja atingida em sua honra objetiva, podendo ser vítima de difamação. Em relação à calúnia, será vítima quando for imputado falsamente a prática de um crime ambiental.

Importante consignar que os chamados “desonrados” também poderão ser vítimas de crime contra honra, quando for atacado na parte de sua honra que está preservada.

Como já mencionado, a honra é um bem jurídico disponível. Assim, caso a pessoa atacada em sua honra preste anuência, antes da conduta praticada pelo agente, não haverá crime.

7.3.1. Sujeito passivo e Lei de Segurança Nacional

A depender do sujeito o crime contra a honra estará tipificado na Lei de Segurança Nacional, a motivação deve ser política. Observe:

> *Art. 26 - **Caluniar ou difamar** o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.*
> *Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.*
> *Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.*

Caso seja praticado uma injúria, não será aplicada a Lei de Segurança Nacional, mas sim o Código Penal.

7.4. MEIOS DE EXECUÇÃO

Os crimes contra a honra são de forma livre, tendo em vista que admitem qualquer meio de execução, a exemplo do uso internet, do uso da imprensa.

É perfeitamente possível que seja praticada, de forma simultânea, uma injúria, uma calúnia e uma difamação, desde que as condutas sejam diversas.

7.5. ELEMENTO SUBJETIVO

Os crimes contra a honra são dolosos (dolo direito ou dolo eventual), não há modalidade culposa.

Ressalta-se que o subtipo da calúnia (art. 138, §2º) admite apenas o dolo direito.

Além do dolo, os crimes contra a honra exigem um especial fim de agir: intenção de lesar a honra alheia, chamado de *animus injuriandi vel diffamandi*. Por isso, não há crime contra honra no caso de:

- *animus jocandi* (intenção de brincar),
- *animus narrandi* (intenção de narrar um fato que teve conhecimento, de forma objetiva, sem juízo de valor)
- *animus criticandi* (intenção de criticar, visando o aperfeiçoamento)
- *animus defendendi* (intenção de se defender)
- *animus corrigendi* (intenção de corrigir uma pessoa para ajudá-la a melhorar)
- *animus consulendi* (intenção de aconselhar)

8. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

8.1. PREVISÃO LEGAL

O art. 141 do CP traz as causas de aumento de pena dos crimes contra a honra, calúnia, difamação e injúria, incidente na terceira fase de aplicação da pena.

> *Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:*
> *I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*
> *II - contra funcionário público, em razão de suas funções;*
> *III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.*
> *IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)*
> *§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

8.2. CRIME COMETIDO CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA OU CHEFE DE GOVERNO ESTRANGEIRO

Aumenta-se a pena em um terço, tendo em vista que ofender o Presidente equivale a ofender todos os cidadãos.

OBS: No caso de calúnia e difamação, se houver motivação política, tratar-se-á de crime político, nos termos da Lei de Segurança Nacional. Para injúria, pouco importa a motivação política, será aplicado o CP.

8.3. CRIME COMETIDO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES

Não basta ofender o funcionário; a ofensa deve ser relacionada ao exercício a função (*propter officium*).

OBS: Se a ofensa se der na presença do funcionário, pode-se configurar o delito de desacato, mais grave. A ofensa atrapalha o andamento da vida funcional da vítima, prejudicando, consequentemente, a Máquina Administrativa.

Para não esquecer:

CRIME CONTRA A HONRA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO, MAJORADO (ART. 141, II)	CRIME DE DESACATO (ART. 331)
Servidor ausente.	Servidor presente (vendo ou ouvindo).

8.4. CRIME COMETIDO NA PRESENÇA DE VÁRIAS PESSOAS, OU POR MEIO QUE FACILITE A SUA DIVULGAÇÃO

Prevalece que devem estar presentes pelo menos três testemunhas, não computando autores, coautores, partícipes e pessoas que não conseguem entender de alguma forma a

expressão ofensiva. Em regra, a vítima também não é computada, salvo quando é testemunha de outro crime contra a honra.

É imprescindível, ainda, que o agente tenha conhecimento da presença de várias pessoas.

Por meio que facilite a divulgação de calúnia, difamação ou injúria entende-se a imprensa, alto-falante, palanque, a internet.

8.5. CRIME COMETIDO CONTRA PESSOA MAIOR DE 60 ANOS OU PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

Aqui, exclui-se o casos de injúria, tendo em vista que o Código Penal já qualifica a injúria pelo preconceito (art. 140, §3º do CP).

Veja como **já foi cobrado**:

MP/GO (2019): As penas dos crimes contra a honra são aumentadas de um terço, dentre outras hipóteses legais, quando praticados contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. Correto!

PC/GO (2018): As penas aos crimes de calúnia, difamação ou ~~injúria~~ aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência. Errado! Injúria está excluída.

8.6. CRIME COMETIDO MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA

Foi renumerado pelo Pacote Anticrime, tendo em vista que o projeto previa como causa de aumento a prática ou a divulgação pela internet, o que foi vetado pelo Presidente da República.

A pena será aplicada em dobro no caso de ofensa mercenária, ou seja, o agente recebe para proferir ofensas contra a honra da vítima.

Trata-se de crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, tendo em vista que sua prática depende de, pelo menos, duas pessoas (aquele que paga e aquele que recebe).

9. EXCLUSÃO DO CRIME

9.1. PREVISÃO LEGAL

O art. 142 do CP traz excludentes do crime de difamação e injúria, não se aplica ao crime de calúnia por falta de previsão legal e devido ao interesse público na apuração do crime imputado.

> *Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:*
> *I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;*
> *II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;*
> *III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.*

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

9.2. NATUREZA JURÍDICA E APLICABILIDADE

São causas excludentes da ilicitude, aplicáveis apenas para injúria e para difamação.

Obs.: Há quem defenda ser causa de exclusão da punibilidade (Noronha, Hungria e Fragoso); causa de exclusão de elemento subjetivo do tipo; causa de atipicidade, para os adeptos da tipicidade conglobante.

9.3. OFENSA IRROGADA EM JUÍZO, NA DISCUSSÃO DA CAUSA, PELA PARTE OU POR SEU PROCURADOR

Trata-se da chamada imunidade judiciária, que abrange as ofensas proferidas em audiência ou nos autos do processo, levada a efeito pela parte ou por seu procurador. É imprescindível que a ofensa tenha conexão com a causa discutida.

Veja como **já foi cobrado**:

FCC TJ/MS (2020) - Não constitui difamação ou ~~calúnia~~ punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. Errado! Exclui apenas difamação e injúria.

PC/GO (2018): Não constitui ~~calúnia~~, difamação ou injúria punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. Errado!

O advogado também é imune pelas opiniões e manifestações, nos termos do art. 133 da CF/88, que é regulamentado pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, como já analisamos anteriormente.

Lembrando que todos os atos, palavras e manifestações que desbordem do razoável constituem excesso punível. Por isso, afirma-se que essa imunidade é relativa.

9.4. OPINIÃO DESFAVORÁVEL DA CRÍTICA LITERÁRIA, ARTÍSTICAS OU CIENTÍFICA

Trata-se da chamada imunidade literária, artística ou científica. É uma imunidade relativa, como expressamente prevê a parte final do dispositivo.

Essa excludente se baseia, diretamente, na falta de dolo de ofender do agente, sendo, por isso, causa de atipicidade.

9.5. CONCEITO DESFAVORÁVEL EMITIDO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM APRECIAÇÃO OU INFORMAÇÃO QUE PRESTE NO CUMPRIMENTO DE DEVER DE OFÍCIO

Trata-se da chamada imunidade funcional, é modalidade específica do estrito cumprimento de dever legal. Entretanto, prevalece que essa imunidade não agasalha o funcionário quando presente o excesso.

Terceiros que dão publicidade às ofensas acobertadas pelas imunidades judiciária e funcional respondem pelo delito. Diferente é o caso da publicidade da crítica, que, como já vimos, é fato atípico, logo não é punível.

10. RETRATAÇÃO

10.1. PREVISÃO LEGAL

O art. 143 do CP prevê a possibilidade de retratação nos casos de calúnia ou de difamação. Observe:

> *Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.*
> *Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.*

Retratar-se é desdizer-se, retirar o que disse, trazer a verdade novamente à tona. Deverá ser cabal, ou seja, total e incondicional.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE TJ/SC (2019): A retratação cabal do agente da calúnia ou da difamação após o recebimento da ação penal é causa de diminuição de pena. Errado!

10.2. NATUREZA JURÍDICA E ALCANCE

Trata-se de uma causa de extinção da punibilidade (art. 107, VI, do CP), declarada pelo juiz, independentemente de aquiescência do querelante (ato unilateral).

Só será possível nos casos de calúnia e de difamação. Portanto, não se aplica para o crime de injúria, tendo em vista que não há previsão legal, bem como não há imputação de fato.

Veja como **já foi cobrado**:

FCC TJ/MS (2020) - Há isenção de pena se o querelado, antes da sentença, se retrata cabalmente da difamação ou da injúria. Errado! Somente para difamação e calúnia, não se aplica aos crimes de injúria.

PC/GO (2018) - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia, difamação ou ~~injúria~~, fica isento de pena. Errado!

CESPE DPE/AC (2017): No crime de injúria, admite-se a retratação desde que se faça antes da sentença, por escrito, de forma completa, abrangendo tudo o que o ofensor disse. Errado!!

Ressalta-se que a retratação só é cabível nos crimes contra a honra processados por ação penal privada (o dispositivo é claro ao mencionar QUERELADO). Como veremos a seguir, existem casos excepcionais em que o crime se processa por ação penal pública condicionada.

10.3. MOMENTO

Prevalece que deve ser realizada até a publicação da sentença (decisão de 1º grau). A retratação em grau de recurso gera no máximo a atenuante do art. 65, III, 'b' do CP.

> *CP Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
> *...*
> *III - ter o agente:*
> *...*
> *procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;*

10.4. COMUNICAÇÃO

A retratação é uma causa extintiva da punibilidade de natureza subjetiva, portanto, só é aplicável para aquele que se retratou. Não se comunicando aos demais coautores.

10.5. RETRATAÇÃO NA CALÚNIA E NA DIFAMAÇÃO x RETRATAÇÃO NO FALSO TESTEMUNHO

FALSO TESTEMUNHO OU PERÍCIA ART. 342§2º CP	CALÚNIA E DIFAMAÇÃO ART. 143 CP
"O fato deixa de ser punível"	"O querelado fica isento de pena".
A retração é circunstância objetiva comunicável aos concorrentes. Perceba: ao lado se falava em querelado, aqui se fala em FATO.	A retratação é circunstância subjetiva incomunicável aos concorrentes.
Termo final: até a sentença de primeiro grau que encerra o processo em que ocorreu o falso.	Termo final: até a sentença de primeiro grau que encerra o processo criminal por calúnia ou difamação.

11. PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

11.1. PREVISÃO LEGAL

Encontra-se previsto no art. 144 do CP. Vejamos:

> *Art. 144 - Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.*

11.2. CONCEITO

Trata-se de medida preparatória e facultativa para o oferecimento da queixa quando, em virtude dos termos empregados, não se mostra evidente a intenção de ofender a honra, gerando dúvidas.

Obs.: O pedido de explicações não interrompe ou suspende o prazo decadencial, tampouco o prazo prescricional. Contudo, torna prevento o juiz.

11.3. CABIMENTO

Será cabível quando houver dúvida acerca da prática de injúria, difamação ou calúnia. Por outro lado, não será cabível quando:

- Não há crime;
- Há certeza do crime;
- Houver extinção da punibilidade, embora tenha ocorrido crime.

Veja como **já foi cobrado**:

PC/GO (2018): Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Correto!

11.4. RESPOSTA AO PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

A resposta ao pedido de explicações também é facultativa.

Destaca-se que a ausência de resposta não implica em presunção de culpa do suposto ofensor, tampouco em condenação antecipada. Se a parte ofendida deseja perseguir a pena do ofensor, deverá ingressar com a ação penal, que segue todo o devido processo, até que o juiz decida se houve ou não a ofensa à honra.

11.5. RITO DO PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

Conforme Bitencourt, na ausência de rito específico, deve-se seguir o rito das notificações e interpelações judiciais previsto nos arts. 726 a 729 do CPC.

Importante consignar que o pedido de explicações deve ser formulado no juízo competente para processar a autoridade detentora de foro especial.

O juiz do rito das explicações sequer aprecia ou julga as explicações dadas. Somente o juiz da eventual ação penal poderá valorar as explicações, caso no qual poderá rejeitar a peça acusatória por inépcia (falta de justa causa) se entender que as explicações foram suficientemente esclarecedoras no sentido de afastar a tipicidade da conduta.

12. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA

Os crimes contra a honra admitem todas as espécies de ação penal. Vejamos a redação do art. 145 do CP:

> *Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º (**injúria real**), da violência resulta lesão corporal.*
> *Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código (**presidente da república e governo estrangeiro**), e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II (**funcionário público**) do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 (**injúria preconceito**) deste Código.*

AÇÃO PENAL PRIVADA	AÇÃO PENAL CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO	AÇÃO PENAL CONDICIONADA À REQUISIÇÃO DO MJ	AÇÃO PENAL INCONDICIONADA
Regra geral	Injúria qualificada pelo preconceito (muito cobrado). Crime contra honra de funcionário público em razão de suas funções. Obs.: Lembrar da Súmula 714 do STF, que trata da legitimidade concorrente entre o ofendido e MP.	Crime contra a honra do Presidente da República ou de Chefe de Governo Estrangeiro.	Injúria real praticada com o **emprego de violência** (lesão corporal). Obs.: Injúria real praticada com vias de fato será ação penal privada. Parcela da doutrina sustenta que se a lesão corporal for leve, a ação penal será pública condicionada à representação.

> ***STF Súmula 714** É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.*

Veja como **já foi cobrado**:

FCC TJ/MS (2020) - A ação penal é pública incondicionada na injúria com preconceito. Errado! É ação penal condicionada à representação.

FCC TJ/MS (2020) – É possível a propositura de ação penal privada no caso de servidor público ofendido em razão do exercício de suas funções. Correto! Súmula 714 do STF, legitimidade concorrente.

MP/GO (2019) - O crime de injúria consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência é de ação pública incondicionada. Errado!

CESPE DPE/DF (2019): Conforme entendimento do STF, a persecução penal por crime contra a honra de servidor público no exercício de suas funções é de ação pública condicionada à representação do ofendido. Errado! Será concorrente a legitimidade do servidor ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal correspondente.

CESPE TJ/SC (2019): O delito de injúria racial se processa mediante ação penal pública incondicionada. Errado!

CESPE DPE/AC (2017) - A ação penal no caso de injúria discriminatória é pública incondicionada, uma vez que o bem jurídico tutelado ultrapassa os limites subjetivos. Errada!

13. JURISPRUDÊNCIA EM TESE: CRIMES CONTRA A HONRA (EDIÇÃO 130)

1) Para a configuração dos crimes contra a honra, exige-se a demonstração mínima do intento positivo e deliberado de ofender a honra alheia (dolo específico), o denominado *animus caluniandi, diffamandi vel injuriandi*.

2) Nos casos em que a inexistência da intenção específica de ofender a honra alheia é flagrante, admite-se, excepcionalmente, em sede de habeas corpus, a análise da presença do dolo específico exigido para a caracterização dos crimes contra a honra.

3) Para a caracterização do crime de calúnia, é indispensável que o agente que atribui a alguém fato definido como crime tenha conhecimento da falsidade da imputação.

4) O crime de calúnia não se contenta com afirmações genéricas e de cunho abstrato, devendo a inicial acusatória conter a descrição de fato específico, marcado no tempo, que teria sido falsamente praticado pela pretensa vítima.

5) O juízo de admissibilidade, o processamento e a instrução da exceção da verdade oposta em face de autoridades públicas com prerrogativa de foro devem ser feitos pelo próprio juízo da ação penal originária que, após a instrução dos autos, admitida a exceptio veritatis, deve remetê-los à instância decorrente da prerrogativa de função para julgamento do mérito.

6) Não se admite a exceção da verdade quando o excipiente não consegue demonstrar a veracidade da prática de conduta criminosa do excepto.

7) Expressões eventualmente contumeliosas, quando proferidas em momento de exaltação, bem assim no exercício do direito de crítica ou de censura profissional, ainda que veementes, atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar aos tipos penais definidores dos crimes contra a honra.

8) A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, sendo vedada a veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.

9) A não recepção pela Constituição Federal de 1988 da Lei de Imprensa (Lei n. 5. 250/1967) não implicou na abolitio criminis dos delitos contra a honra praticados por meio da imprensa, pois tais ilícitos permanecem tipificados na legislação penal comum.

10) É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções. (Súmula n. 714/STF)

11) Os deputados federais e os senadores gozam de imunidade parlamentar material, o que afasta a tipicidade de eventuais condutas, em tese, ofensivas à honra praticadas no âmbito de suas atuações político-legislativas (art. 53 da CF/1988), prerrogativa estendida aos deputados estaduais, a teor do disposto no art. 27, § 1º, da CF/1988.

12) A imunidade em favor do advogado, no exercício da sua atividade profissional, insculpida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994), não abrange o crime de calúnia, restringindo-se aos delitos de injúria e difamação.

13) A parte não responde por crime contra a honra decorrente de peças caluniosas, difamatórias ou injuriosas apresentadas em juízo por advogado credenciado.

CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

São crimes contra a liberdade pessoal:

- Constrangimento ilegal (não será abordado) – art. 146 do CP;
- Ameaça (não será abordado) – art. 147 do CP;
- Sequestro e cárcere privado – art. 148 do CP
- Redução a condição análoga à de escravo (não será abordado) – art. 149 do CP
- Tráfico de pessoas – art. 149-A do CP

2. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO

2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O sequestro e cárcere privado está tipificado no art. 148 do CP. Observe:

> *Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos.*
> *§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:*
> *I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;*
> *II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;*
> *III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.*
> *V – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;*
> *V – se o crime é praticado com fins libidinosos.*
> *§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

Trata-se crime de médio potencial ofensivo, admite suspensão condicional do processo na forma simples (*caput*).

2.2. BEM JURÍDICO TUTELADO

Tutela-se a liberdade de movimento da pessoa (ir, vir e ficar).

A liberdade é um bem disponível ou indisponível? Prevalece que é DISPONÍVEL, ou seja, o consentimento do ofendido exclui a ilicitude do crime. Se assim não fosse, os diretores do BBB seriam agentes do crime de sequestro.

2.3. SUJEITO ATIVO

Por ser crime comum, o crime poderá ser praticado por qualquer pessoa.

Obs.: Se o sujeito ativo for funcionário público, pode ocorrer crime de abuso de autoridade.

2.4. SUJEITO PASSIVO

Prevalece que qualquer pessoa pode ser vítima, incluindo menores de idade, insanos e deficientes físicos.

Doutrina minoritária entende que a vítima somente pode ser pessoa com liberdade própria de movimento. Portanto, um paraplégico não poderia.

2.5. NÚCLEO DO TIPO

A conduta é privar a liberdade de alguém, sendo o sequestro e o cárcere privado as formas pelas quais pode ocorrer essa privação.

Parte da doutrina diferencia:

SEQUESTRO	CÁRCERE PRIVADO
Privação da liberdade sem confinamento; sem encerramento em recinto fechado.	Privação da liberdade com confinamento.
Exemplo: Vítima que fica privada da liberdade em sítio, Fazenda, ilha etc.	Exemplo: Vítima fica privada da liberdade de locomoção no cômodo de um imóvel.

O interesse prático na diferenciação consiste na fixação da pena-base, uma vez que o cárcere privado, em princípio, provoca maior sofrimento à vítima, gerando maior censurabilidade da conduta (art. 59).

Vale destacar que se trata de crime de execução livre, pode ser cometido por ação (detenção) ou omissão (retenção). Cita-se, como exemplo de sequestro por omissão, a conduta do médico que se recusa a liberar paciente já curado.

Além disso, a privação da liberdade pode ser realizada através de violência, grave ameaça, fraude ou qualquer outro meio apto a produzir o resultado.

2.6. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime é punido a título de dolo, sem finalidade específica (o sequestro é um crime subsidiário). Havendo finalidade específica, podemos ter outros crimes:

a) Se a Finalidade for escravizar de fato a vítima, configura-se o crime de redução à condição análoga a de escravo.

b) Se a finalidade for econômica, pode configurar o delito de extorsão mediante sequestro ou extorsão qualificada pela privação da liberdade (sequestro-relâmpago).

c) Se a finalidade for fazer justiça privada, pode configurar exercício arbitrário das próprias razões.

d) Se a finalidade for causar na vítima intenso sofrimento físico ou menta, pode configurar o crime de tortura.

2.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a efetiva impossibilidade de locomoção da vítima (crime material). É um crime permanente, ou seja, a consumação se protrai no tempo (até que a vítima seja colocada em liberdade).

Indaga-se: ***consumação do crime depende de um tempo razoável de privação da liberdade***?

1ª C: O crime se consuma independentemente do tempo de privação da liberdade. A variação no tempo de privação pode, eventualmente, interferir na fixação da pena.

2ª C: É indispensável tempo juridicamente relevante da privação, caso contrário haverá mera tentativa ou constrangimento ilegal.

Por ser crime plurissubsistente, admite-se a tentativa.

2.8. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO QUALIFICADOS

2.8.1. Previsão legal e considerações

Os §§ 1º e 2º do art. 148 qualificam o crime de sequestro e cárcere privado, prevendo pena de 2 a 5 anos e de 2 a 8 anos, respectivamente.

Art. 148,
§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:
I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos
II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;
III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.
IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;
V – se o crime é praticado com fins libidinosos.
§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:
Pena - reclusão, de dois a oito anos.

2.8.2. Crime cometido contra vítima ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou maior de 60 anos

A qualificadora do §1º, I, do art. 148 protege três grupos de pessoas, quais sejam:

ASCENDENTE OU DESCENDENTE DO AGENTE	CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DO AGENTE	VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS
Não importa se o parentesco é legítimo ou ilegítimo (CF acabou com tal diferenciação).	O companheiro só foi introduzido com a Lei 11.106/05. Antes da Lei, não era possível estender a qualificadora ao companheiro, sob pena de *analogia in malam partem.*	Incluída pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). A qualificadora incide mesmo que a maioridade ocorra somente no decorrer da privação da liberdade.

Salienta-se que os predicados da vítima devem fazer parte do dolo do agente, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Além disso, o rol é taxativo, portanto, não estão abrangidos os parentes colaterais, por afinidade, madrasta, padrasto ou enteado do agente.

2.8.3. Crime cometido mediante internação da vítima em casa de saúde

Trata-se da chamada internação fraudulenta ou simulada, tendo em vista que a vítima é internada, sem necessidade, com a finalidade de ser afastada de seu convívio social.

2.8.4. Vítima privada de sua liberdade por mais de 15 dias

Perceba que a qualificadora do §1º, III, do art. 148 do CP reforça o entendimento da corrente que sustenta a consumação independentemente do tempo de privação da liberdade.

Os dias de privação são contados até o momento em que a vítima efetivamente estiver livre. Trata-se de prazo material.

2.8.5. Crime cometido contra menor de 18 anos

A vítima deve ser criança ou adolescente em algum momento da privação, mesmo que venha a ser liberada com mais de 18 anos.

2.8.6. Crime cometido com fins libidinosos

Aqui, o agente, além do dolo de privar a vítima de sua liberdade, possui um especial fim de agir: praticar atos libidinosos com a vítima.

Salienta-se que a qualificadora do inciso V foi acrescentada pela Lei 11.106/05. Antes da referida Lei, a conduta analisada configurava o extinto crime de rapto violento, previsto no art. 219 do CP.

ANTES DA LEI 11.106/05	DEPOIS DA LEI 11.106/05
Privação + Fins libidinosos: - Rapto violento (art. 219). - Rapto consensual (art. 220).	Privação + Fins libidinosos: -Migrou para o art. 148, §1º, V (princípio da continuidade normativo-típica). -Supressão da figura criminosa ('Abolitio criminis').
Rapto violento - Pena 02 a 04 anos.	Sequestro qualificado - Pena 02 a 05 anos.
Rapto violento - Ação penal privada.	Sequestro qualificado - Ação penal pública incondicionada.

Segundo Rogério Sanches, "*como não houve abolitio criminis, depreende-se que os fatos praticados antes da vigência da nova lei hoje passam a se ajustar ao disposto no art. 148 do CP, porém com a pena do art. 219, pois mais favorável. Assim, se estivermos na fase de inquérito policial, deve a inicial acusadora descrever a privação da liberdade com finalidade libidinosa de acordo com o novo tipo, respeitando a pena do crime contra a dignidade sexual formalmente revogado. Se já existe processo, a correção da capitulação será feita pelo magistrado sentenciante, respeitando, também, a pena mais favorável do crime contra a dignidade sexual*".

Em relação à ação penal, para fatos ocorridos antes da Lei 11.106/05, a ação continua sendo privada, sob pena de retroatividade maléfica ao acusado, já que quatro causas extintivas da punibilidade (renúncia, perdão, decadência e perempção) estariam sendo subtraídas do réu, vale dizer, o poder de punir estatal é ampliado.

2.8.7. Crime que resulta em grave sofrimento físico ou moral

Por fim, a última qualificadora prevê a pena de 2 a 8 anos, nos casos em que, em razão dos maus-tratos causados pela privação da liberdade, a vítima sofrer grave sofrimento físico ou moral.

Salienta-se que não basta causar sofrimento físico ou moral; o sofrimento deve ser GRAVE e em decorrência dos maus-tratos ou da natureza da detenção. Se dessas condutas resultar lesão corporal ou morte, haverá concurso material de delitos.

2.9. AÇÃO PENAL

A ação penal é pública incondicionada.

3. TRÁFICO DE PESSOAS

3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A Lei 13.344/2016 revolucionou o tratamento que o Brasil confere ao tráfico de pessoas, inclusive, conforta o ordenamento brasileiro as convenções internacionais. Havia um descompasso entre o nosso ordenamento e aquilo que o Brasil havia se comprometido perante os organismos internacionais.

Até o seu advento, o tráfico de pessoas, no Brasil, estava relacionado à exploração sexual, apenas e tão somente, previsto no art. 231 do CP (tráfico internacional de pessoal) e art. 231-A do CP (tráfico interno de pessoas). Contudo os documentos internacionais não restringiam o tráfico de pessoas à exploração sexual, mas abrangem outras formas de exploração, a exemplo do tráfico de pessoas com a finalidade de retirada e comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo; tráfico de pessoas visando adoção ilegal de crianças; tráfico de pessoas com a finalidade de exploração de trabalho escravo ou condição de servidão; e, claro, tráfico de pessoas com o intuito de exploração sexual.

A Lei 13.344/2016 revogou os artigos 231 e 231-A do CP e criou o art. 149-A, sendo o tráfico de pessoas um crime contra a liberdade individual. Além disso,

> *Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:*
> *I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;*
> *II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;*
> *III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;*
> *IV - adoção ilegal; ou*
> *V - exploração sexual.*
> *Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*
> *§ 1o A pena é aumentada de um terço até a metade se:*
> *I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;*
> *II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;*
> *III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou*
> *IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.*
> *§ 2o A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.*

3.2. CONDUTA

Protege-se a liberdade individual, punindo-se as condutas de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, coação, fraude e abuso, com a finalidade de:

a) Remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo

b) Submetê-la a trabalho em condições análogas a de escravo

c) Submetê-la a qualquer tipo de servidão

d) Adoção ilegal

e) Exploração sexual

A pena foi, sensivelmente, majorada. Agora, é de 4 a 8 anos.

Veja como **já foi cobrado**:

TRF2 (2018): O crime específico de tráfico de pessoas consiste em agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal ou exploração sexual. Correto!

TRF5 (2017): O CP prevê que são puníveis as condutas consistentes em agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de adoção ilegal ou exploração sexual. Correto!

Como se percebe, o art. 149-A é um crime de conduta mista, formado por oito verbos nucleares, alguns, inclusive, são sinônimos (visto acima). Destaca-se que o crime só estará caracterizado quando o agente agir com grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com as finalidades constantes nos itens acima.

Havendo consentimento válido da vítima, ou seja, o ofendido concorda em ser traficado com as finalidades descritas acimas, haverá a exclusão de tipicidade, conforme previsão constante nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

ATENÇÃO!! Para que o consentimento exclua a tipicidade, deve ser um consentimento válido. Não será considerado quando for concedido mediante grave ameaça, uso de força, com abuso de autoridade, tratando-se de vítima vulnerável, bem como quando o consentimento for dado visando uma contraprestação (coloca-se na condição de traficância visando receber pagamento ou benefício).

3.3. SUJEITO ATIVO

O tipo penal não exige qualidade ou condição especial do agente. Assim, trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Inclusive, dependendo de quem o pratica (funcionário público, parentes), estar-se-á diante de uma causa de aumento.

3.4. SUJEITO PASSIVO

Não se exige qualidade especial da vítima, trata-se de crime comum. Aliás, a depender da vítima (criança, adolescente, pessoa com deficiência, idoso), ter-se-á uma causa de aumento.

3.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, sendo imprescindível a finalidade especial animando o traficante, são elas:

a) Remover órgãos, tecidos ou partes do corpo

b) Submeter a trabalho em condições análogas a de escravo

c) Submeter a qualquer tipo de servidão

d) Adoção ilegal

e) Exploração sexual

3.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação ocorre mediante a realização de qualquer um dos oito núcleos constantes no art. 149-A. Alguns núcleos são típicos de delitos permanentes, ou seja, a consumação se protraí no tempo.

Ressalta-se que o crime se consuma, independentemente, de o agente efetivar a retirada de órgãos, de submeter a vítima a condição análoga de escravos, a servidão, a adoção ilegal ou a exploração sexual.

Admite-se tentativa.

3.7. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

A pena será aumentada de 1/3 até a metade se o crime for cometido:

a) Por funcionário público no exercício da função ou a pretexto de exercê-las;

b) Contra criança, adolescente, pessoa com deficiência ou pessoa idosa;

c) Quando o agente se prevalece de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função;

d) Quando a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Segundo Rogério Sanches, o legislador errou ao aumentar a pena apenas no caso de exportação da pessoa, pois deixou de aumentar a pena no caso de importação internacional de vítima. Trata-se de erro grasso, tratando de maneira desigual duas situações iguais.

3.8. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

A pena será reduzida, de 1/3 a 2/3, quando o traficante de seres humanos for primário e não integrar organização criminosa.

Como não houve a fixação de patamar para a diminuição, Rogério Sanches afirma que o juiz deve considerar o grau de submissão da vítima ou a maior ou menor colaboração do agente na apuração do crime, com a efetiva libertação da vítima.

Veja como **já foi cobrado**:

MPE/GO (2019): A pena do crime de tráfico de pessoas é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. No entanto, opera-se uma qualificadora quando o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Correto!

3.9. COMPETÊNCIA

A competência é da justiça estadual, salvo no caso de transnacionalidade (importação e exportação de seres humanos) em que caberá à justiça federal.

3.10. AÇÃO PENAL

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Conforme já mencionado, a criação de crimes e a cominação de penas só são legítimos quando tutelam valores consagrados na Constituição Federal. Portanto, os crimes contra o patrimônio também possuem fundamento constitucional, nos termos do art. 5º, *caput*, que consagra a propriedade como um direito fundamental.

> *CF Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

2. TERMINOLOGIA LEGAL

O Código Penal refere-se a crimes contra o patrimônio, ao passo que a Constituição consagra a propriedade como direito fundamental. Não se utilizou a expressão “crimes contra a propriedade”, tendo em vista que a expressão “patrimônio” é mais ampla, não apenas o proprietário de um bem merece a proteção do Direito Penal.

3. CONCEITO DE PATRIMÔNIO

Segundo Nelson Hungria, patrimônio é o complexo de bens ou interesses de valor econômico em relação de pertinência com uma pessoa. Ressalta Cleber Masson que os bens de valor afetivo/sentimental também são tutelados, a exemplo do furto do chamado disco de ouro (pintado de amarelo).

4. CRITÉRIO LEGISLATIVO PARA ESCOLHA DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

O legislador na tutela dos crimes contra o patrimônio utilizou o critério do interesse preponderante, por isso o latrocínio está alocado nos crimes contra o patrimônio, já que a morte foi realizada em razão do interesse patrimonial.

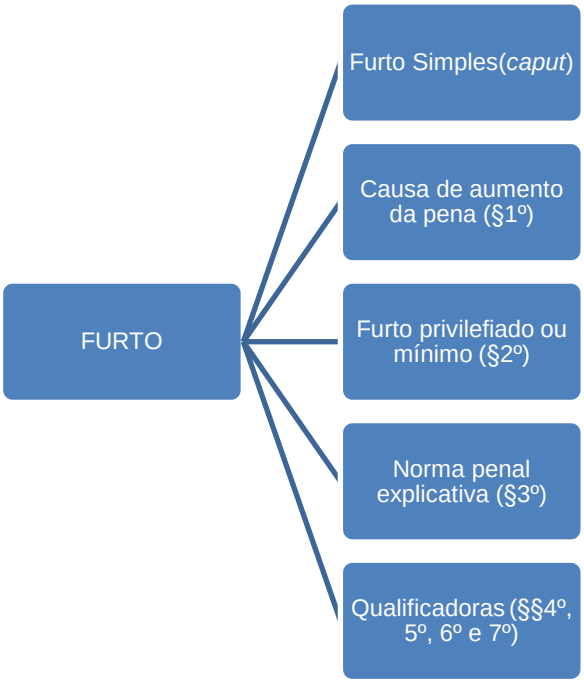
5. FURTO

5.1. PREVISÃO LEGAL

O crime de furto encontra-se tipificado no art. 155 do CP. Vejamos:

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.
§ 5º - A pena é de reclusão de três a 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.

5.2. TOPOGRAFIA



5.3. FURTO SIMPLES

5.3.1. Previsão legal e considerações

O furto simples está disciplinado no *caput* do art. 155 do CP, *in verbis*:

> *Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:*
> *Pena - reclusão, de um **a quatro anos**, e multa.*

Trata-se de crime de médio potencial ofensivo, sendo cabível a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos legais. Além disso, é possível a substituição por pena restritiva de direitos, bem como poderá ser fixado regime inicial aberto para o réu primário.

> *Código Penal*
> *Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
> *I – aplicada pena privativa de liberdade **não superior a quatro anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.*
>
> *Art. 33, §2º, c) o condenado não reincidente, **cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos**, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

No furto simples não cabe prisão preventiva, em razão da pena de até 4 anos. Igualmente, em razão da pena de 4 anos, não será possível a constituição de organização criminosa para a prática de furto simples.

> *CPP - Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima **superior a 4 (quatro) anos**;*
>
> *Lei 12.850/2013 - Art.1º, § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas **sejam superiores a 4 (quatro) anos**, ou que sejam de caráter transnacional.*

5.3.2. Objetividade jurídica

O bem jurídico protegido é a propriedade e a posse legítima de um bem.

Destaca-se que não se protege a detenção de um bem, tendo em vista que o detentor de um bem não sofre nenhum prejuízo em seu patrimônio, por exemplo o furto de uniforme de trabalho não gera prejuízo para o funcionário que o detinha.

Não há nenhuma proteção para os casos de posse ilegítima. Imagine, por exemplo, que “A” furta um carro de “B” e, posteriormente, “C” furta o carro que estava na posse ilegítima de “A”. “C” cometerá o crime de furto, mas a vítima será “B” (proprietária legítima do bem) e não “A” que não teve nenhum prejuízo.

Importante consignar que o patrimônio é um bem jurídico disponível. Desta forma, o consentimento do titular do bem, prestado antes ou durante a infração, exclui o crime. Por isso, há

doutrina que sustenta que a ação penal deveria ser pública condicionada à representação e não pública incondicionada.

5.3.3. Objeto material

Trata-se de coisa alheia móvel. Vejamos o significado de cada expressão:

a) Coisa – é sinônimo de bem, de objeto.

O ser humano não é coisa, portanto, nunca poderá ser furtado. Poderá ocorrer crime de sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP), de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP), de subtração de incapazes (art. 249 do CP).

É possível, contudo, subtrair partes do corpo humano, a exemplo do furto de cabelo, de dente. Havendo a subtração de parte vital o crime poderá ser de homicídio ou de lesão corporal. Além disso, é possível a subtração de bens ligados ao corpo humano, como no caso de próteses, peruca, dentadura.

Em regra, não é possível o crime de furto de cadáver, haverá o crime do art. 211 do CP, tendo em vista que não possui valor econômico e não integra o patrimônio de ninguém.

> *Art. 211 - Destruir, SUBTRAIR ou ocultar cadáver ou parte dele:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.*

Porém, se o cadáver está destacado para alguma finalidade específica, possuindo algum valor econômico, pode se falar em delito de furto. É o exemplo do furto do cadáver adquirido por faculdade de medicina para ser usado nas aulas de anatomia.

Os semoventes (aquele que se move por conta própria) e animais em geral podem ser objeto material de furto, a exemplo do abigeato (furto de gado).

Ressalta-se que também é possível o furto de energia elétrica ou de qualquer forte de energia que tenha valor econômico (eólica, solar, genética – subtração de sêmen), conforme explica o §3º do art. 155 do CP.

> *Art. 155, § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.*

Obs.: o desvio da rua diretamente para a casa configura furto de energia. Por outro lado, quando ocorre modificação (fraude) no relógio de medição haverá estelionato. Para fixar.

FURTO	ESTELIONATO
Praticado mediante ligação clandestina.	Praticado mediante alteração do medidor de energia.
O agente não está autorizado a consumir energia.	O agente está autorizado (contratualmente) a consumir energia elétrica, porém adultera o quanto gastou.
Pena 01 a 04. Pode se tornar qualificado.	Pena 01 a 05.

Importante consignar que o STJ (Info 645) entende que no caso de furto de energia elétrica mediante fraude, o adimplemento do débito antes do recebimento da denúncia não extingue a punibilidade.

Tratando-se de subtração de sinal de TV a cabo ou de sinal de internet não configura crime de furto, por questões de política criminal (STF). O STJ possui jurisprudência em sentido contrário, equiparando sinal de TV a cabo e de internet a energia de valor econômico.

> *O furto de energia elétrica não pode receber o mesmo tratamento dado ao inadimplemento tributário, de modo que o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia não configura causa extintiva de punibilidade, mas causa de redução de pena relativa ao Informativo comentado Informativo 645-STJ (26/04/2019) – Márcio André Lopes Cavalcante | 38 arrependimento posterior (art. 16 do CP). Isso porque nos crimes contra a ordem tributária, o legislador (Leis nº 9.249/1995 e nº 10.684/2003), ao consagrar a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, adota política que visa a garantir a higidez do patrimônio público, somente. A sanção penal é invocada pela norma tributária como forma de fortalecer a ideia de cumprimento da obrigação fiscal. Já nos crimes patrimoniais, como o furto de energia elétrica, existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para os casos de pagamento da "dívida" antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código Penal, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena. Outrossim, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/1995 e no art. 9º da Lei nº 10.684/2003 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos. STJ. 3ª Seção. RHC 101.299-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. Acd. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 13/03/2019 (Info 645).*

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE MP/CE (2020): Joaquim, com o intuito de fornecer energia elétrica a seu pequeno ponto comercial situado em via pública, efetuou uma ligação clandestina no poste de energia elétrica próximo a seu estabelecimento. Durante dois anos, ele utilizou a energia elétrica dessa fonte, sem qualquer registro ou pagamento do real consumo. Em fiscalização, foi constatada a prática de crime, e, antes do recebimento da denúncia, Joaquim quitou o valor da dívida apurado pela companhia de energia elétrica. Consoante a jurisprudência do STJ, nessa situação hipotética, Joaquim praticou o crime de furto mediante fraude, cuja punibilidade não foi extinta com o pagamento do débito, apesar de essa circunstância poder caracterizar arrependimento posterior. Correto!!

b) Alheia – toda coisa que não pertence ao responsável pela subtração.

A expressão "alheia" funciona como um elemento normativo do tipo.

RES NULLIUS	RES DERELICTA	RES DESPERDICTA
É a coisa de ninguém. Nunca teve dono, por exemplo cão de rua.	É a coisa abandonada. Já teve dono, mas não tem mais, por exemplo abandono de um gato.	É a coisa perdida em local público ou aberto ao público.
Não pode ser objeto material de furto.	Não pode ser objeto material de furto.	Não pode ser objeto de material de furto, mas poderá configurar uma apropriação indébita de coisa achada (art. 169, parágrafo único, II do CP)

Art. 169 - Apropriar-se alguém de COISA ALHEIA vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:
Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.
Parágrafo único - Na mesma pena incorre:
...
II - quem acha COISA ALHEIA PERDIDA e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restitui-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

Tratando-se de coisa alheia encontrada em local particular haverá o crime de furto.

Salienta-se que não é possível o furto de coisa comum (pertence a todos, mas não é de ninguém), a exemplo do ar, da água dos oceanos. Contudo, havendo destaque da coisa de uso comum e seu uso passa a ter valor econômico, será possível o furto, a exemplo do furto de garrafas de água mineral.

c) Móvel

Para o direito penal, coisa móvel é aquela que pode ser apreendida e transportada de um local para outro, sem perder sua identidade. Não se confunde com o conceito de coisa móvel do Direito Civil, que adota algumas ficções jurídicas.

Por exemplos, materiais provisoriamente destacados do imóvel para serem novamente empregados, no Direito Civil, por ficção jurídica, são imóveis; no Direito Penal, não perdem a qualidade de coisa móvel.

Ainda dentro do objeto material, importante analisarmos o **furto famélico** e a distinção entre estado de necessidade e estado de precisão. Trata-se do furto movido pela necessidade de o agente mitigar sua fome ou de pessoas que lhe são próprias. Tal conduta não é considerada crime, pela ocorrência da excludente do estado de necessidade, desde que:

- O fato seja praticado para mitigar a fome;
- O comportamento lesivo seja inevitável;
- A coisa subtraída tenha aptidão para contornar diretamente a emergência;

- Os recursos do agente sejam insuficientes ou este tenha impossibilidade de trabalhar.

Ressalta-se que o estado de necessidade não se confunde com o estado de precisão, situação de dificuldade econômica que passa a maioria da população brasileira.

Segundo Cleber Masson, o furto famélico está relacionado ao Princípio da Insignificância, excluindo a própria tipicidade material do crime.

5.3.4. Núcleo do tipo

É o verbo "subtrair" que possui o sentido de inverter a posse, retirando/sacando um bem que estava na posse da vítima para o agente.

A subtração pode ser direta (apreensão manual) ou indireta (valendo-se de interposta pessoa, instrumentos ou animais), trata-se de crime de forma livre.

Ressalta-se que a conduta de subtrair também estará caracterizada quando a vítima entregar o bem ao agente e este, indevidamente, retira o bem da esfera de vigilância. Haverá:

FURTO	APROPRIAÇÃO INDÉBITA
O agente recebe a posse vigiada do bem.	O agente recebe a possa desvigiada do bem.
Por exemplo, câmera de segurança em loja de roupa.	Por exemplo, sacola de roupa em casa para que escolha.

5.3.5. Sujeito ativo

É crime comum ou geral, podendo ser praticado por qualquer pessoa, salvo pelo proprietário do próprio bem.

Vejamos algumas indagações:

1) Comete algum crime o proprietário que subtrai coisa sua na LEGÍTIMA posse de terceiro? É o exemplo do devedor que empenhou uma coisa e resolve furtá-la do credor pignoratício. Prevalece que não se trata do crime de furto, exatamente pela falta da elementar "alheia". Trata-se do crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 346 do CP.

> *Art. 346 - Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.*

2) E o credor pignoratício, que tinha posse legítima, ao se apoderar da coisa quando deveria devolvê-la, comete algum crime? Sim, mas não furto, pois ele era o legítimo possuidor. Nesse caso, trata-se do crime de apropriação indébita.

3) Funcionário público que subtrai coisa em poder da Administração prática qual crime? DEPENDE.

1ª hipótese: Se a subtração foi facilitada pela condição de agente público - Art. 312, §1º (peculato-furto).

> *Art. 312*
> *Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.*
> *§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.*

2ª hipótese: Se a subtração não foi facilitada pela condição de agente - Art. 155 (furto comum).

4) E o proprietário que subtrai coisa comum de condômino, coerdeiro ou sócio, que crime comete? Crime de Furto de coisa comum (art. 156). É um crime bipróprio.

Trata-se de Infração de menor potencial ofensivo (JECRIM), que se procede mediante representação.

> *Art. 156 - Subtrair o condômino, coerdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.*
> *§ 1º - Somente se procede mediante REPRESENTAÇÃO.*
> *§ 2º - Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.*

5.3.6. Sujeito passivo

Poderá ser o proprietário ou o possuidor legítimo do bem, tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica. Rogério Sanches sustenta que o detentor também poderá ser sujeito passivo.

Destaca-se que não é necessário que o sujeito passivo seja identificado, por exemplo furto em um metro lotado filmado pela câmera de segurança.

5.3.7. Elemento subjetivo

É o dolo de subtrair, de inverter a posse do bem, também chamado de *animus furandi*. Portanto, não existe furto culposo como crime contra o patrimônio.

Além do dolo, há elemento subjetivo específico, chamado de *animus rem sibi habendi*, ou seja, é o ânimo de assenhoramento definitivo consagrado na expressão “para si ou para outrem”. Por isso, não é típico o **furto de uso**, já que há a intenção, desde o início, de uso momentâneo da coisa subtraída, coisa não é consumível (não existe furto de uso de dinheiro, por exemplo), bem como deve haver restituição imediata e integral da coisa ao local onde foi subtraída.

Salienta-se que o furto não reclama finalidade lucrativa (*animus lucrandi*). Os motivos nobres não excluem o furto. Além disso, o furto pode ser praticado por vingança, por superstição.

Importante diferenciar:

FURTO	EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES
Crime contra o patrimônio.	Crime contra a administração da justiça. Por exemplo, o agente emprestou dinheiro e não recebe. Diante disso, pega alguns bens do devedor.

5.3.8. Consumação

De acordo com o entendimento do STF e do STJ, o furto consuma-se com a inversão da posse do bem. É a aplicação da **Teoria da *Amotio***, em que se dispensa posse mansa e pacífica, bem como que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima. Exemplo: Empregada doméstica que guarda as joias embaixo do sofá, ainda está na esfera de vigilância da vítima, porém ela não mais tem disponibilidade sobre a coisa.

> *STJ (Info 572) – consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*
>
> *A consumação do crime de furto se dá quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade da vítima e passa para o poder do agente, ainda que por breve período, sendo prescindível a posse pacífica da res pelo sujeito ativo do delito (STJ. 6ª Turma. HC 220.084/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 04/12/2014).*
>
> *Considera-se consumado o crime de furto quando o agente se torna possuidor da res furtiva, ainda que haja perseguição policial e não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível (dispensável) que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima (STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1346113/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/4/2014).*
>
> *Para a consumação do furto, basta que ocorra a inversão da posse, ainda que a coisa subtraída venha a ser retomada em momento imediatamente posterior (STF. 1ª Turma. HC 114329, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 1/10/2013).*

Importante, ainda, citarmos as outras Teorias acerca da consumação do crime de furto:

a) Teoria da *Contrectatio* – a consumação se dá pelo simples contato entre o agente e a coisa alheia, dispensando seu deslocamento. Se tocou, já consumou;

b) Teoria da *Aprehensio* – a consumação se dá logo após o contato, com o apoderamento da coisa alheia pelo agente;

c) Teoria da *Ablatio* – a consumação ocorre quando o agente, depois de apoderar-se da coisa, consegue deslocá-la de um lugar para outro, longe da esfera de vigilância do proprietário;

d) Teoria da *Illactio* – para ocorrer a consumação a coisa deve ser levada ao local desejado pelo agente, e lá mantida a salvo.

Veja como **já foi cobrado**:

MPE/SC (2019): Conforme jurisprudência dominante no STJ, nos crimes de furto e roubo (arts. 155 e 157 do CP) a consumação do fato típico somente ocorre com a posse mansa e pacífica, o que não se verifica no caso de perseguição imediata do agente e recuperação da coisa subtraída. Errado!

MPE/MS (2018): O Supremo Tribunal Federal aplica a teoria da amotio quanto à consumação do furto, segundo a qual o furto se consuma no momento em que a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que em curto lapso temporal, não importando o deslocamento ou posse mansa e pacífica. Correto!

Destaca-se que o furto é crime material ou causal, portanto, consuma-se com a lesão ao patrimônio da vítima. Ademais, em regra, é um crime instantâneo, consuma-se em momento determinado, sem continuidade delitiva.

Indaga-se: ***é possível que o furto como crime permanente***? Como se sabe, nos crimes permanentes a consumação se prolonga no tempo, pela vontade do agente. Enquanto durar a permanência, será possível a prisão em flagrante e a prescrição só começará a fluir com o fim da permanência. Haverá furto como crime permanente no caso de furto de energia elétrica.

5.3.9. Tentativa

O furto é crime plurissubsistente, sendo perfeitamente possível a tentativa em todas as suas modalidades.

Importante consignar que o sistema de vigilância (câmeras, alarme em roupas) não torna o crime de furto impossível. Nesse sentido:

> *A existência de sistema de vigilância em estabelecimento comercial não constitui óbice para a tipificação do crime de furto. STF. 1ª Turma. HC 111278/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Roberto Barroso, julgado em 10/4/2018 (Info 897).*
>
> *Súmula 567-STJ: Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.*

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE TJ/BA (2019): A existência de sistema de vigilância por monitoramento, por impossibilitar a consumação do delito de furto, é suficiente para tornar impossível a configuração desse tipo de crime. Errado!

CESPE PF (2018): Sílvio, maior e capaz, entrou em uma loja que vende aparelhos celulares, com o propósito de furtar algum aparelho. A loja possui sistema de vigilância eletrônica que monitora as ações das pessoas, além de diversos agentes de segurança. Sílvio colocou um aparelho no bolso e, ao tentar sair do local, um dos seguranças o deteve e chamou a polícia. Nessa situação, está configurado o crime impossível por

ineficácia absoluta do meio, uma vez que não havia qualquer chance de Sílvio furtar o objeto sem que fosse notado. Errado!

PC/GO (2018): O Superior Tribunal de Justiça entende que a existência de sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico torna impossível a configuração do crime de furto. Errado!

MPE/MS (2018): Segundo o Superior Tribunal de Justiça, é possível a consumação do furto em estabelecimento comercial, ainda que possua vigilância mediante câmera de vídeo em circuito interno ou realizada por seguranças. Correto.

5.4. FURTO NOTURNO

5.4.1. Previsão legal

O art. 155, §1º do CP prevê que a pena do crime de furto será aumentada em um terço quando for praticado durante o repouso noturno.

> *Art. 155, § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.*

5.4.2. Natureza jurídica

Consiste em causa de aumento de pena específica, por isso se fala em furto circunstanciado/majorado/agravado.

5.4.3. Aplicabilidade

Inicialmente, entendeu-se que a majorante era aplicada apenas para os casos de furto simples (art. 155, *caput,* do CP), em razão da topografia do crime de furto.

Atualmente, conforme o STF e o STJ, a majorante do repouso noturno é aplicada para o furto simples e para as figuras de furto qualificado.

> *É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno (art. 155, § 1º) no caso de furto praticado na forma qualificada (art. 155, § 4º). Não existe nenhuma incompatibilidade entre a majorante prevista no § 1º e as qualificadoras do § 4º. São circunstâncias diversas, que incidem em momentos diferentes da aplicação da pena. Assim, é possível que o agente seja condenado por furto qualificado (§ 4º) e, na terceira fase da dosimetria, o juiz aumente a pena em 1/3 se a subtração ocorreu durante o repouso noturno. A posição topográfica do § 1º (vem antes do § 4º) não é fator que impede a sua aplicação para as situações de furto qualificado (§ 4º).*
> *STF. 2ª Turma. HC 130952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/2016 (Info 851).*
> *STJ. 6ª Turma. HC 306450-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4/12/2014 (Info 554).*

5.4.4. Fundamento

O crime de furto praticado durante o repouso noturno não é um delito dotado de maior gravidade e nem o seu agente dotado de maior periculosidade. A causa de aumento de pena justifica-se pela maior facilidade de praticar um furto durante o repouso noturno, em razão da menor vigilância da vítima e de outras pessoas sobre os bens em geral, trata-se de um critério objetivo.

Obs.: O STF (HC 181.389 – Info 973) entendeu que é possível, diante da análise do caso concreto, aplicar o Princípio da Insignificância mesmo que a subtração tenha ocorrido durante o período noturno.

5.4.5. Conceito de repouso noturno

Trata-se do intervalo entre dois períodos: pessoas se recolhem para o descanso diário e despertam para os afazeres da vida cotidiana. Perceba que o repouso noturno não se confunde com "noite" (pode ser noite e não ser repouso noturno), é um critério variável de acordo com as costumes e a característica do local.

5.4.6. (Des) necessidade de casa habitada

Parcela da doutrina sustenta que a incidência da majorante exige que o crime seja praticado no local da moradia habitada, por isso a subtração de um carro estacionado na rua, na calada da noite, não geraria a majorante.

Contudo, de acordo com o entendimento jurisprudencial não é necessário que o furto seja praticado em casa habitada para que haja a incidência da majorante. Por outro lado, não haverá a incidência da majorante quando o furto é realizado durante uma festa, embora fosse o horário de repouso noturno, tendo em vista que as pessoas estão em vigilância.

Nesse sentido:

> *Para a configuração da circunstância majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do patrimônio durante tal período e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato das vítimas não estarem dormindo no momento do crime, ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime. STJ. 5ª Turma. AgRg-AREsp 1.746.597-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 17/11/2020. STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1849490/MS, Rel. Min. Antonio Saldanha, julgado em 15/09/2020.*

Obs.: caso apenas uma pessoa esteja acordada acidentalmente (estudando, tomar água) haverá a incidência.

5.4.7. Inaplicabilidade ao crime cometido durante o dia

Parece óbvio, mas é importante destacar que a majorante do furto não se aplica quando o crime é praticado durante o dia, mesmo que o agente entre na casa e a vítima esteja repousando por ter trabalhado durante à noite ou cochilando depois do almoço.

5.5. FURTO PRIVILEGIADO

5.5.1. Previsão legal

O art. 155, §2º do CP consagra a figura do furto privilegiado, também chamado de furto mínimo ou de furto de pequeno valor.

> *Art. 155, § 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.*

5.5.2. Requisitos

O furto mínimo exige a presença de dois requisitos cumulativos, ou seja, devem estar presentes simultaneamente. São eles:

a) Agente primário

O conceito de primariedade é obtido por exclusão. Portanto, primário será todo aquele que não é reincidente (após condenação definitiva comete outro crime).

Salienta-se que não é requisito que o agente possua bons antecedentes.

b) Pequeno valor da coisa

O Código Penal não define o que seria coisa de pequeno valor. Diante disso, a jurisprudência fixou o entendimento que coisa de pequeno valor é aquela de até um salário-mínimo, comprovada mediante auto de avaliação.

Importante consignar que coisa de pequeno valor não se confunde com coisa de valor insignificante.

Pequeno valor do bem subtraído	Valor insignificante do bem subtraído
Até um salário-mínimo.	Não há parâmetro objetivo.
Se a coisa furtada é de pequeno valor e o condenado é primário, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a multa.	Se o valor da coisa furtada é insignificante, o juiz poderá absolver o réu por falta de tipicidade material

5.5.3. Efeitos do privilégio

Preenchidos os requisitos legais vistos acima, o juiz DEVE aplicar a causa de diminuição de pena (trata-se de um direito subjetivo do réu). Podendo optar pelos seguintes efeitos:

a) Substituir a pena de reclusão pela pena de detenção

b) Diminuir a pena de um a dois terços

c) Aplicar somente pena de multa

Os dois primeiros efeitos são compatíveis entre si, assim será possível que o juiz substitua a pena de reclusão pela pena de detenção e, depois, diminua de um a dois terços.

5.5.4. Im (possibilidade) de furto privilegiado durante o repouso noturno

É perfeitamente possível que se reconheça o furto privilegiado praticado durante o repouso noturno. Haverá o aumento da pena em um terço e, presentes os requisitos legais do privilégio, o juiz irá aplicar seus efeitos.

5.5.5. Furto privilegiado-qualificado

Também chamado de furto híbrido.

De acordo com o entendimento histórico, não era possível a aplicação do privilégio para os casos de furto qualificado, tendo em vista que a gravidade da qualificadora seria incompatível com os efeitos do privilégio, além da sua posição topográfica.

Atualmente, contudo, reconhece-se a possibilidade aplicação do privilégio ao furto qualificado, desde que o agente seja primário e a coisa seja de pequeno valor, e que a qualificadora seja de ordem objetiva.

> *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**.*

Para recordar:

QUALIFICADORA OBJETIVAS	QUALIFICADORA SUBJETIVA
Materiais, reais.	Pessoais.
São aquelas que estão relacionadas com o fato criminoso, ou seja, com o modo de execução, tempo e lugar do crime, instrumentos utilizados.	São aquelas que dizem respeito à pessoa do agente.
Furto praticado em concurso de pessoas.	Furto praticado com abuso de confiança.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE DPE/DF (2019): Pedro, réu primário, valendo-se da confiança que lhe depositava o seu empregador, subtraiu para si mercadoria de pequeno valor do estabelecimento comercial em que trabalhava. Nessa situação, apesar de configurar a prática de furto qualificado pelo abuso de confiança, o juiz poderá reconhecer o privilégio. Errado!

MP/MG (2019): Gustavo e Thiago subtraíram a quantia de R$ 300,00 da carteira de um amigo com quem dividiam uma mesa no restaurante em que almoçavam. No caso de uma condenação pelo delito de furto, se presentes todos os requisitos legais, o juízo deverá reconhecer o furto de pequeno valor (art. 155, §2º do CP), mesmo nesse caso incidindo a qualificadora do concurso de agentes e do abuso de confiança. Errado!

CESPE TJ/BA (2019): A presença de circunstância qualificadora de natureza objetiva ou subjetiva no delito de furto não afasta a possibilidade de reconhecimento do privilégio, se estiverem presentes a primariedade do agente e o pequeno valor da res furtiva. Errado!

VUNESP TJ/SP (2018): Conforme entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se às qualificadoras objetivas e subjetivas do furto a causa de aumento de pena do repouso noturno e a forma privilegiada. Errado!

PC/GO (2018): A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento do privilégio nas hipóteses de furto qualificado. Errado!

MPE/MS (2018): No caso de crime de furto qualificado, tratando-se de réu primário, se o objeto subtraído for de pequeno valor e a qualificadora for de ordem objetiva, será permitido o reconhecimento de furto privilegiado. Correto!

5.6. FURTO QUALIFICADO: ART. 155, §4º

5.6.1. Previsão legal e considerações

A primeira qualificadora do furto está prevista no §4º do art. 155, refere-se aos meios e modos do execução do furto. Vejamos:

> *Art. 155, § 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.*

Trata-se de infração de elevado potencial ofensivo, incompatível com os benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95.

Salienta-se que as qualificadoras do furto são compatíveis entre si, portanto, é possível que um único furto tenha mais de uma qualificadora.

5.6.2. Furto com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa

Destruição é a conduta que faz algo desaparecer, por exemplo com uma barra de ferro o agente quebra a vidraça da loja.

Rompimento é danificar um objeto sem destruí-lo, o agente, por exemplo, entorta uma grade para ingressar na residência.

Obstáculo é a barreira que protege o objeto, dificultando sua subtração, a exemplo do uso de grades. Poderá ser:

- Externo (cadeado) ou interno (grade de proteção);
- Ativo (protege e ataca o agente) ou passivo (apenas protege o bem);

Indaga-se: ***é possível considerar um cão de guarda como obstáculo***?

1ªC – o cão de guarda **não** pode ser considerado um obstáculo. Caso o agente mate o cão para ingressar na casa, responderá por furto e por dano.
2ª C – Sim! O cão de guarda é um obstáculo, sua função principal é a proteção da residência. Desta forma, aquele que mata o cão para furtar a casa responde por furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo.

Destaca-se que para a incidência da qualificadora do art. 155, §4º, I do CP será necessária a realização de perícia, tendo em vista que o crime deixa vestígios.

Além disso, o crime de dano (causado ao bem) ficara absorvido, quando for meio de execução para a prática do furto qualificado. Consequentemente, a destruição de obstáculo, após a consumação do furto, ensejara furto simples em concurso material com o crime de dano.

Não há consenso acerca da incidência da qualificadora quando a destruição ou rompimento de obstáculo é contra a própria coisa subtraída, temos os seguintes entendimentos:

1ªC (minoritária, embora exista alguns julgados no STJ) – entende que o obstáculo deve ser estranho a coisa subtraída. Assim, por exemplo, o agente que quebra o vidro de um automóvel para furtar uma bolsa responde por furto qualificado; já o agente que quebra o vidro do carro para furtar o próprio veículo responde por furto simples.

2ªC – sustenta que o obstáculo pode integrar a própria coisa subtraída. Assim, o agente responderá por furto qualificado quando quebrar o vidro para subtrair a bolso do interior do veículo ou quando o quebrar para subtrair o próprio veículo. Posição majoritária no STJ e no STF.

5.6.3. Furto com abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza

a) **Abuso de confiança**

Entende-se por confiança o sentimento de credibilidade que uma pessoa deposita em outra. Perceba que é uma qualificadora de natureza pessoal ou subjetiva, portanto, não se comunica no concurso de pessoas e nem fará jus ao privilégio do §2º.

Salienta-se que não basta apenas a confiança, é necessário que ocorra um abuso dessa confiança. Por exemplo, o jardineiro que possui a chave da residência, com acesso liberado, e um dia resolve praticar um furto.

O furto com abuso de confiança é o tipo caso de famulato, ou seja, furto praticado por pessoas que possuem a detenção da coisa alheia móvel, especialmente os empregados domésticos.

Importante consignar que para incidir a qualificadora os tribunais exigem que a confiança traga facilidade à execução do delito, não se exige que a relação seja antiga.

Cuidado para não confundir furto pelo abuso de confiança com a apropriação indébita. Observe as distinções:

FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA	APROPRIAÇÃO INDÉBITA
O agente tem mero contato com a coisa, vindo a subtrai-la.	O agente exerce posse desvigiada da coisa em nome de outrem, vindo a torná-la sua.
O dolo é antecedente à posse.	O dolo é superveniente à posse.

b) **Fraude**

O agente se utiliza de artifício (fraude material), ardil (fraude moral) ou qualquer outro meio enganoso como forma de induzir ou manter a vítima em erro, e, assim, ter facilitada a tarefa de subtrair a coisa.

FRAUDE MATERIAL (ARTIFÍCIO)	FRAUDE MORAL (ARDIL)
O agente utiliza, por exemplo, um crachá da vigilância sanitária, ingressa na residência e furta um bem.	O agente, por exemplo, afirma que há um vazamento de água na casa da vítima, quando ela vai verificar, aproveitar para subtrair um bem.

Não se pode confundir furto qualificado pela fraude com o crime de estelionato. Observe as semelhanças e diferenças:

FURTO MEDIANTE FRAUDE	ESTELIONATO
Crime contra o patrimônio	
Fraude como meio de execução	
Ação penal pública incondicionada	
A fraude é uma **qualificadora** do delito. Portanto, perfeitamente possível que um furto seja praticado sem fraude.	A fraude é **elementar** do crime. Consequentemente, não existe estelionato sem fraude.
A fraude visa diminuir a vigilância da vítima e possibilitar a subtração.	A fraude visa fazer com que a vítima, ESPONTANEAMENTE, entregue a posse desvigiada da coisa.
A vontade de alterar a posse é unilateral. Somente o furtador quer alterar a posse.	A vontade de alterar a posse é bilateral. A vítima entrega espontaneamente a coisa

Imagine as seguintes situações hipotéticas:

- João, bem vestido, vai até uma loja de carros e, afirmando que deseja adquirir um veículo novo, após conversar com o vendedor, pede para realizar um *test-drive*. Com a posse do veículo, João simplesmente não retorna. Qual crime comete João?
- Fernando passa-se por manobrista de um famoso restaurante. Ana entrega a chave do carro, acreditando que Fernando era manobrista para que estacione. Após o almoço, Ana percebe que seu carro sumiu. Qual crime comete Fernando.

Analisando as duas situações hipotéticas, tecnicamente, João e Fernando cometeram o crime de estelionato. Contudo, a jurisprudência entende que configura furto mediante fraude, em razão de política criminal, para que a vítima seja protegida, já que o seguro cobre contra furto e roubo.

Novamente, importante consignar que os crimes envolvendo energia elétrica poderão configurar furto (praticado mediante ligação clandestina) ou estelionato (praticado mediante alteração do medidor de energia).

c) **Escalada**

Consiste na utilização de via ANORMAL para ingressar ou sair do local em que se encontra a coisa visada.

Obs.: A escalada, não necessariamente é uma subida. Por exemplo, o acesso por meio de túnel também configura a escalada, pois é uma via de acesso ANORMAL.

De acordo com a jurisprudência, exige-se que a via anormal provoque um esforço incomum para o agente, demonstrando audácia que conduzem a maior reprovabilidade da conduta

A escalada pode ser feita com o uso de instrumentos (corda) ou com especial habilidade física (pessoas que fazem parkour).

Além disso, recomenda-se a perícia, podendo ser suprida pela prova testemunhal ou outro meio indireto somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos. Por exemplo, o STJ já reconheceu que seria possível utilizar filmagens para comprovar a escalada.

> *Ainda que não tenha sido realizado exame de corpo de delito, pode ser reconhecida a presença da qualificadora de escalada do crime de furto (art. 155, § 4º, II, do CP) na hipótese em que a dinâmica delitiva tenha sido registrada por meio de sistema de monitoramento com câmeras de segurança e a materialidade do crime qualificado possa ser comprovada por meio das filmagens e também por fotos e testemunhos. De fato, nas infrações que deixam vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do que disciplina o art. 158 do CPP, o qual somente pode ser suprido pela prova testemunhal quando aqueles houverem desaparecido. Contudo, estando devidamente demonstrada a existência de provas referentes à utilização da escalada para realizar o furto, por meio de filmagem, fotos e testemunhos, mostra-se temerário desconsiderar o arcabouço probatório ante a ausência de laudo pericial da escalada, o qual certamente apenas confirmaria as provas já existentes. Note-se que prevalece igualmente no STJ o entendimento de que não se deve reconhecer uma nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo, pois a forma não deve preponderar sobre a essência no processo penal. Ademais, importante ponderar que não pode o processo penal andar em descompasso com a realidade, desconsiderando elementos de prova mais modernos e reiteradamente usados, os quais, na maioria das vezes, podem revelar de forma fiel a dinâmica delitiva e as circunstâncias do crime praticado. REsp 1.392.386-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/9/2013.*

d) **Destreza**

Peculiar habilidade, física ou manual, fazendo com que a vítima seja despojada dos seus bens, sem que perceba. É o famoso caso dos punguistas ou batedores de carteira. Salienta-se que a incidência da qualificadora somente ocorre quando o bem estiver junto ao corpo da vítima, por exemplo celular no bolso.

Em relação à tentativa, conforme ensina Rogério Sanches, "*se a vítima, no caso concreto, pressente a ação do agente, conseguindo impedir a fuga com a res furtiva, haverá tentativa de furto simples. Sendo o agente impedido por terceiro, a tentativa será de furto qualificado*".

5.6.4. Furto com emprego de chave falsa

Chave falsa deve ser entendida como todo o instrumento, com ou sem a forma de chave, destinado a abrir fechaduras (exemplo: grampo, chave mixa, gazua etc.).

De acordo com Cleber Masson, chave falsa engloba:

- Cópia da chave verdadeira, obtida sem a autorização de seu titular;
- Chave diferente da verdadeira, porém modificado para abrir fechadura;
- Qualquer objeto, com ou sem forma de chave, capaz de abrir fechadura sem arrombá-la ou destruí-la.

Obviamente, não haverá a incidência da qualificadora quando o agente utilizar a chave verdadeira, ainda que obtida ilicitamente.

Por fim, tratando-se de ligação direita para furto de veículo não haverá incidência da qualificadora, tendo em vista que não houve o emprego de chave falsa.

5.6.5. Furto mediante concurso de duas ou mais pessoas

Inicialmente, destaca-se que a qualificadora irá incidir havendo coautoria entre duas ou mais pessoas, bem como no caso de participação.

O furto em concurso de pessoas é um crime acidentalmente coletivo, ou seja, é um crime que normalmente é praticado por uma única pessoa, mas a prática por duas ou mais pessoas faz surgir uma modalidade mais gravosa. Basta que uma pessoa seja maior e capaz, portanto, haverá a incidência da qualificadora quando o agente maior e capaz pratica o furto na companhia de um menor.

Além disso, haverá a incidência da qualificadora mesmo quando não for possível identificar o coautor ou o partícipe. Por outro lado, a depender do motivo da absolvição de um dos coautores será possível a aplicação da qualificadora para o outro, por exemplo denuncia-se "A" e "B" pelo crime do art. 155, §4º, IV do CP, absolve-se "A" por não ter praticado o crime já que a vítima não o reconheceu, mas se condena "B" em razão de ter cometido o crime com outra pessoa, de acordo com a prova testemunhal.

Conforme já mencionado, o maior que pratica o crime de furto na companhia de um menor, irá responder por furto qualificado pelo concurso de pessoas em concurso material com o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B do ECA, pouco importando se o menor já havia sido corrompido.

Súmula 500 STJ *- A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de* ***delito formal****.*

5.7. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE EXPLOSIVO OU ARTEFATO ANÁLOGO QUE CAUSE PERIGO COMUM

5.7.1. Previsão legal e considerações

A Lei 13.654/2018 acrescentou o §4º-A ao art. 155 do CP, qualificando o crime de furto quando houver o emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum.

> *Art. 155, § 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.*

É um crime de furto com a mesma pena do roubo simples, é crime de elevado potencial ofensivo.

5.7.2. Fundamento

Antes da Lei n 13.654/2018, o entendimento que prevalecia era o de que o agente respondia por furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa, nos termos do art. 155, § 4º do CP em concurso formal impróprio com o crime de explosão majorada (art. 251, § 2º do CP), a depender do caso concreto. .

> *Art. 155 (...)*
> *§ 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;*
> *Art. 251. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:*
> *Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.*
> *(...)*
> *§ 2º - As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.*

O objetivo declarado desse novo parágrafo foi o de punir com mais rigor os furtos realizados em caixas eletrônicos localizados em agências bancárias ou em estabelecimentos comerciais (ex: drogarias, postos de gasolina etc.), em razão do maior risco causado à vida e à saúde.

5.7.3. Natureza jurídica

Trata-se de qualificadora de natureza objetiva, comunicando-se no caso de concurso de pessoas aos demais agentes que dela tinham conhecimento.

5.7.4. Explosivo ou artefato análogo

Explosivo é a substância ou artefato que possa produzir uma explosão, detonação, propulsão ou efeito pirotécnico, apto a causar perigo comum (número indeterminado de pessoas).

5.7.5. Prova da qualificadora

Será comprovada mediante perícia que comprove o emprego de explosivo capaz de provocar perigo comum. Além disso, será necessário, segundo Cleber Masson, que se comprove o efetivo perigo comum,

5.7.6. Relação com o crime de explosão

Antes da Lei 13.654/2018	Depois da Lei 13.654/2018
O agente respondia pelo art. 155, § 4º, I c/c o art. 251, § 2º do CP. Pena mínima: 6 anos.	O agente responde apenas pelo art. 155, § 4º-A do CP. Pena mínima: 4 anos.

Com a previsão específica do art. 155, § 4º-A não se pode mais falar em concurso porque seria *bis in idem.* Logo, o crime de explosão ficará absorvido.

Veja como já foi cobrado:

CESPE TJ/SC (2019): Um homem, em 31/12/2018, por volta das cinco horas da madrugada, com a intenção de obter vantagem pecuniária, explodiu um caixa eletrônico situado em um posto de combustível. Assertiva: De acordo com o STJ, ele responderá criminalmente por furto qualificado em concurso formal impróprio com o crime de explosão majorada. Errado!

5.7.7. (Im) possibilidade de concurso com o art. 16, §1º, III do Estatuto do Desarmamento

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Imagine, por exemplo, que o agente é preso em flagrante quando colocava explosivos no caixa eletrônico. Neste caso, o crime tipificado no art. 16, §1º, III do CP ficará absorvido pela tentativa de furto qualificado, tendo em vista que se trata de um meio de execução.

5.7.8. Crime hediondo

O Pacote Anticrime, em razão da maior reprovabilidade da conduta do agente que utiliza instrumentos para o cometimento do crime, que possam resultar em perigo comum, passou a prever que o furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo é crime hediondo.

> *Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:*
> *IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Obs.: Salienta-se que o crime de roubo qualificado pelo emprego de explosivo não é crime hediondo, tendo em vista a ausência de previsão legal.

5.8. FURTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

5.8.1. Previsão legal e considerações

O §5º do art. 155 do CP qualifica o crime de furto de veículo automotor quando transportado para outro Estado ou para o exterior. Observe:

> *Art. 155, § 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.*

A doutrina critica a qualificadora em razão da pena ser maior do que as qualificadoras do §4º e da falta de previsão da pena de multa.

5.8.2. Requisitos

Para a incidência da qualificadora é necessário o preenchimento de dois requisitos cumulativos, são eles:

a) Objeto material – deve necessariamente ser um veículo automotor (carro, ônibus elétrico, motocicletas).

   O transporte de partes isoladas de componentes de veículo automotor, por exemplo dos pneus, não caracteriza a qualificadora

b) Transporte do veículo automotor para outro Estado ou exterior. Perceba, portanto, que é necessário a efetiva transposição de fronteiras.

   Caso o veículo seja levado para o Distrito Federal, para a Defensoria Pública não é possível a incidência da qualificadora, sob pena de analogia *in malam partem*. Por outro lado, o entendimento do MP é de que "outro Estado" inclui o DF, é caso de interpretação extensiva (admitida pelo Direito Penal).

Salienta-se a qualificadora refere-se ao resultado posterior à consumação.

5.8.3. Concurso de pessoas

É perfeitamente possível o concurso de pessoas, trata-se de qualificadora objetiva comunicando-se a todos os agentes que dela tenham conhecimento.

Importante consignar que no caso de contrato exclusivo de transporte do veículo automotor subtraído para outro Estado ou exterior, a pessoa contratada responderá por:

- Furto qualificado (art. 155, §5º) - quando contratada antes da consumação e possuía conhecimento do furto;
- Receptação - quando contratada após a subtração e possuía o conhecimento da subtração;
- Fato atípico - quando não tinha conhecimento da origem ilícita do bem, pouco importando se contratado antes ou depois da subtração.

5.9. FURTO DE ANIMAL

5.9.1. Previsão legal e considerações

A Lei nº 13.330/2016 acrescentou o § 6º ao art. 155 do CP prevendo uma nova qualificadora para o crime de furto. Veja a redação do parágrafo inserido:

> *Art. 155, § 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**.(Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)*

Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, incabível o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, pois a pena mínima cominada é de 2 anos.

5.9.2. Fundamento

A qualificadora do § 6º não existe porque o modo de execução do crime seja mais grave nestes casos. A nova previsão foi inserida unicamente com o objetivo de conferir "maior proteção" penal para um determinado bem jurídico (animais destinados à produção), não havendo, porém, maior reprovabilidade nesta conduta.

5.9.3. Natureza da qualificadora

Trata-se de qualificadora de natureza objetiva, refere-se ao objeto material do furto.

5.9.4. Objetividade jurídica

Por excelência, protege-se o patrimônio. Há, inegavelmente, a proteção à ordem tributária e à saúde pública.

5.9.5. Objeto material

Trata-se do semovente domesticável de produção (criado para bate, para procriação ou para a exploração de seus frutos), a exemplo de boi, galinha, porco, com valor econômico.

Vale ressaltar que haverá a incidência da referida qualificadora ainda que o agente mate o semovente ou venha a dividi-lo em partes no local da subtração. Pouco importa seja subtraído o animal vivo ou morto, integralmente ou somente uma das suas partes.

Caso o animal tenha sido legitimamente dividido pelo seu proprietário e suas diversas partes tenham seguido destinos diferentes, não se pode dizer que ainda exista aí um semovente. Uma peça de picanha, de costela, de maminha etc., isoladamente considerada, não pode ser equiparada a um semovente.

Em relação ao cão domésticos, apenas os que são destinados a reprodução podem ser objeto material. Assim, furto de cão castrado, embora semovente domesticado, não será qualificado.

5.9.6. Compatibilidade com outras qualificadoras

É possível a cumulação da qualificadora do §6º com as do §4º, é o caso, por exemplo, do agente que, mediante o rompimento cerca do curral, furta uma vaca (art. 155, § 4º, I c/c § 6º).

Nesta hipótese teremos um furto duplamente qualificado. A pena em abstrato será a prevista no § 4º do art. 155 (de dois a oito anos) e a qualificadora descrita no § 6º será utilizada pelo magistrado como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do CP).

5.9.7. Princípio da insignificância

Em regra, o STJ não aplica o princípio da insignificância para o furto qualificado. É o caso, por exemplo, do art. 155, § 4º, I do CP (furto com rompimento de obstáculo).

> *O rompimento de obstáculo para a prática do crime de furto denota a maior reprovabilidade da conduta do agente e afasta, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância (STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 746.011/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05/11/2015).*

A justificativa do STJ, contudo, não se aplica para a qualificadora do § 6º do art. 155, tendo em vista que o modo de execução do crime não é grave nestes casos. A nova previsão foi inserida unicamente com o objetivo de conferir "maior proteção" penal para um determinado bem jurídico (animais destinados à produção), não havendo, porém, maior reprovabilidade nesta conduta. Assim, o simples fato de se furtar um semovente domesticável de produção não traz nenhuma circunstância especial ou mais gravosa que determine, por si só, a proibição de se aplicar o princípio da insignificância.

Para que incida o princípio da insignificância, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos construídos pela jurisprudência do STF/STJ:

a) mínima ofensividade da conduta;

b) nenhuma periculosidade social da ação;

c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e

d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A conduta descrita no § 6º do art. 155, a depender do caso concreto, pode ser compatível com os requisitos acima listados, não havendo proibição, em abstrato, para a aplicação do referido princípio. Desse modo, se um agente, primário, com bons antecedentes, furta, com o objetivo de alimentar-se, uma galinha de uma enorme granja, por exemplo, não há impedimento em se aplicar o princípio da insignificância.

5.10. FURTO QUALIFICADO EM CASO DE SUBTRAÇÃO DE SUBSTÂNCIA EXPLOSIVA

A Lei nº 13.654/2018 acrescentou também o § 7º ao art. 155 do Código Penal prevendo outra qualificadora para o crime de furto. Veja a redação do parágrafo inserido:

> *Art. 155, § 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.*

Não se confunde com a qualificadora do §4º-A, em que o explosivo é o meio de execução do furto. Aqui, o explosivo é o próprio objeto material. Podem ocorrer simultaneamente, por exemplo o agente utiliza explosivo para destruir um obstáculo e furtar mais explosivos.

6. ROUBO

6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O crime de roubo está tipificado no art. 157 do CP. Vejamos:

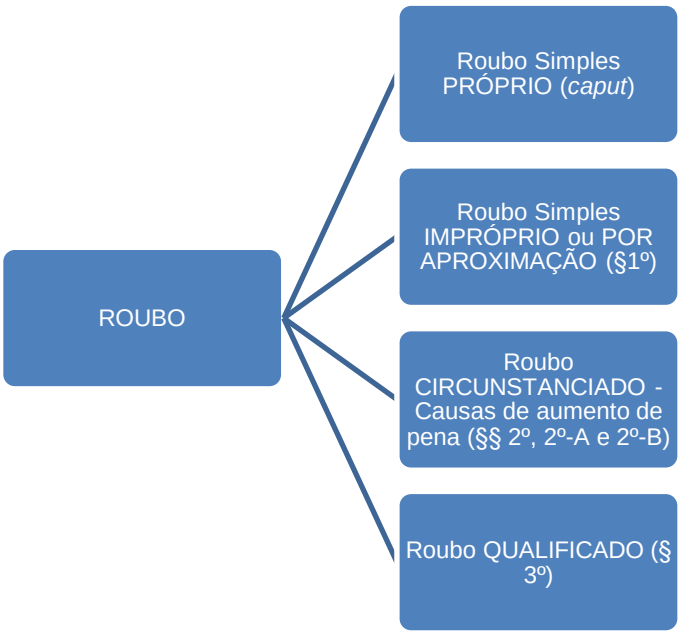
> *Art. 157 - **Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem (furto)**, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:*
> *Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*
> *§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.*
> *§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;*
> *III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.*
> *IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;*
> *V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.*
> *VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
*§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
*§ 3º Se **da violência resulta**: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)*
I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, não se admite, portanto, a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95. Além disso, o roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (§2º, V), circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (§ 2º-A, I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (§ 2º-B) e o roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (§ 3º) são considerados crimes hediondos.

Perceba que o roubo é um crime de furto caracterizado por meios de execução mais graves.

6.2. TOPOGRAFIA



6.3. ROUBO PRÓPRIO

6.3.1. Previsão legal e considerações

Conforme já mencionado, o *caput* do art. 157 do CP tipifica o roubo próprio. Observe:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem (furto), mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

O roubo é um crime complexo (em sentido estrito), tendo em vista que resulta da fusão entre dois ou mais crimes. Temos um furto acrescido de circunstâncias especialmente relevantes previstas pela lei, quais sejam, a violência (própria e imprópria) ou grave ameaça empreendida contra a pessoa.

Obs.: o crime complexo em sentido amplo é aquele formado pela união de um crime com uma conduta, por si só, relevante. Por exemplo, o crime de estupro (constrangimento ilegal + conjunção carnal). Masson discorda dessa classificação, pois não há a fusão de crimes, no exemplo a conjunção carnal é um irrelevante penal.

6.3.2. Objetividade jurídica

Trata-se de crime pluriofensivo, ou seja, ofende mais de um bem jurídico, quais sejam:

- Patrimônio;
- Integridade corporal, quando praticado com violência à pessoa;
- Liberdade individual, quando praticado com grave ameaça.

6.3.3. Objeto material

É a coisa alheia móvel (aplica-se tudo que vimos em relação ao crime de furto) e a pessoa atingida pela violência ou pela grave ameaça.

Salienta-se que NÃO se aplica o Princípio da Insignificância ao crime de roubo, tendo em vista que, ainda que a lesão patrimonial seja ínfima, a violência a pessoa ou a grave ameaça são relevantes para o Direito Penal, entendimento consolidado no STF e no STJ.

Obs.: A Defensoria, em alguns casos, sustenta que seria possível aplicar o Princípio da Insignificância, afastando-se o crime de roubo (lesão patrimonial irrisória), o agente responderia por lesão corporal ou por ameaça. e aplicando apenas.

Igualmente, não se admite roubo privilegiado por falta de previsão legal, não há como fazer analogia. Lembre-se: apenas nas hipóteses expressamente admitidas em lei será cabível o privilégio.

6.3.4. Núcleo do tipo

É o verbo “subtrair”, no sentido de inverter a posse do bem que estava com a vítima e passa para o agente.

Perceba, portanto, que são os meios de execução (grave ameaça e violência contra a pessoa) que transformam o roubo em um crime muito mais grave do que o furto, embora tenham elementos em comum.

a) Grave ameaça ou violência moral (*vis compulsiva*)

Trata-se da promessa de mal grave (relevante), iminente (está em vias de acontecer) e verossímil (idôneo, possível de ser concretizado pelo agente).

Importante consignar que a identificação do caráter intimidatório da grave ameaça deve ser feita na análise do caso concreto, considera-se o local em que foi proferida, o horário, as condições do agente e da vítima. Podendo, inclusive, ser praticadas por formas, aparentemente, cordiais, românticas.

A violência contra a coisa não é meio de execução no roubo. Nada impede, no caso concreto, que a violência contra a coisa represente uma grave ameaça à vítima.

Além disso, o porte simulado de arma e o uso de arma branca (causa de aumento) constituem grave ameaça.

b) Violência a pessoa ou violência física ou violência própria (*vis absoluta*)

Consiste no emprego de força física contra a vítima, mediante lesão corporal ou vias de fato, visa impedir ou dificultar a defesa da vítima. O destinatário da violência pode ser o próprio titular do patrimônio subtraído como também uma pessoa diversa (segurança, por exemplo).

A lesão leve resultante da violência a pessoa ficará absorvida pelo roubo. Por outro lado, a lesão corporal grave e a lesão corporal gravíssima qualificam o roubo.

A trombada ou a subtração por arrebatamento irá caracterizar:

1ªC (Rogério Grego) – será sempre furto;

2ªC (Nucci) – será sempre roubo;

3ªC (Masson, STJ) – depende da trombada, poderá caracterizar furto (“trombadinha” – contato leve utilizado para distrair a atenção da vítima) ou roubo (“trombadão” – golpe violento que representa uma verdadeira agressão física).

Caracteriza roubo a de subtração de bem preso junto ao corpo da vítima, a exemplo do “puxão” de um brinco da orelha da vítima.

c) Violência impropria ou meio sub-reptício: qualquer meio que reduza a vítima à impossibilidade resistência

Aqui, o legislador, novamente, utilizou a interpretação analógica ou *intra legem*, trazendo uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica. Cita-se, como exemplo, o uso de soníferos.

Salienta-se que a violência impropria só estará presente quando o agente colocou a vítima na posição de impossibilidade de resistência. Haverá furto quando a vítima já estava sem resistência e o agente aproveita-se para subtrair o seu patrimônio.

6.3.5. Sujeito ativo

É crime comum ou geral, consequentemente, poderá ser praticado por qualquer pessoa (menos pelo proprietário do bem).

O roubo é crime acidentalmente coletivo, quando praticado em concurso de pessoas sua pena será aumentada.

6.3.6. Sujeito passivo

Será o proprietário, bem como qualquer outra pessoa atingida pela violência ou pela grave ameaça. Desta forma, perceba que será possível que um único roubo tenha mais de uma vítima.

6.3.7. Elemento subjetivo

É o dolo de subtrair acompanhado de elemento subjetivo específico: "para si ou para outrem".

Embora a intenção de lucro quase sempre esteja presente no roubo, não é exigida pelo tipo penal. Poderá ser praticado por inveja, por vingança, por superstição.

Apoderar-se de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com fins políticos, configura o crime do art. 19 da lei 7.170/83 – Segurança Nacional.

> *LSN Lei 1.170/83 - Art. 19 - Apoderar-se ou exercer o controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros.*
> *Pena: reclusão, de 2 a 10 anos.*

A conduta ainda poderá ser tipificada no art. 20 da LSN quando o roubo for praticado por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

6.3.8. Consumação

Consuma-se com o apoderamento da coisa mediante violência ou grave ameaça, dispensando posse mansa e pacífica (*Teoria da Amotio*), basta a simples retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima.

Nesse sentido:

> ***Súmula 582 STJ**: Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*

Veja como **já foi cobrado**:

DPE/MG (2019): O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, a teoria da amotio ou apprehensio junto ao Superior Tribunal de Justiça. Correto!

CESPE PF (2018): Severino, maior e capaz, subtraiu, mediante o emprego de arma de fogo, elevada quantia de dinheiro de uma senhora, quando ela saía de uma agência bancária. Um policial que presenciou o ocorrido deu voz de prisão a Severino, que, embora tenha tentado fugir, foi preso pelo policial após breve perseguição. Nessa situação, Severino responderá por tentativa de roubo, pois não teve a posse mansa e pacífica do valor roubado. Errado!

Importante, relembrar, as quatro teorias acerca da consumação do delito de roubo, são elas:

1ª) Contrectacio: segundo esta teoria, a consumação se dá pelo simples contato entre o agente e a coisa alheia. Se tocou, já consumou. TOCAR

2ª) Apprehensio (amotio): a consumação ocorre quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, ainda que por breve espaço de tempo, mesmo que o sujeito seja logo perseguido pela polícia ou pela vítima. Quando se diz que a coisa passou para o poder do agente, isso significa que houve a inversão da posse. Por isso, ela é também conhecida como teoria da inversão da posse. Vale ressaltar que, para esta corrente, o crime se consuma mesmo que o agente não fique com a posse mansa e pacífica. A coisa é retirada da esfera de disponibilidade da vítima (inversão da posse), mas não é necessário que saia da esfera de vigilância da vítima (não se exige que o agente tenha posse desvigiada do bem). INVERTER A POSSE

3ª) Ablatio: a consumação ocorre quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro. TRANSPORTAR

4ª) Ilatio: a consumação só ocorre quando a coisa é levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo. LUGAR SEGURO

6.3.9. Tentativa

O roubo é crime plurissubsistente. Logo, perfeitamente possível a tentativa.

6.4. ROUBO IMPRÓPRIO

6.4.1. Previsão legal e considerações

O roubo impróprio ou roubo por aproximação (nasceu para ser um furto, mas durante a execução transformou em roubo) está disciplinado no art. 157, §1º do CP, trata-se de modalidade de roubo simples, possuindo a mesma pena do roubo próprio (4 a 10 anos).

> *Art. 157, § 1º - Na mesma pena incorre quem**, logo depois de subtraída a coisa**, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.*

A seguir, para melhor compreensão do roubo impróprio, faremos um comparativo com o roubo próprio, considerando três aspectos.

6.4.2. Meios de execução

Roubo Próprio	Roubo Impróprio
Grave ameaça	Grave ameaça

Violência a pessoa	Violência a pessoa
Violência imprópria	**NÃO** admite violência imprópria

6.4.3. Momento do emprego dos meios de execução

Roubo Próprio	Roubo Impróprio
O agente utiliza de violência ou de grave ameaça antes ou durante a subtração do bem.	O agente usa de violência ou de grave ameaça **LOGO DEPOIS** da subtração do bem.

A expressão “logo após” significa que o bem já foi subtraído, mas o furto ainda não se consumou. Por isso, é chamado de roubo por aproximação.

Segundo Cleber Masson, com o atual entendimento acerca do momento da consumação do roubo, a figura do roubo impróprio fica prejudicada.

6.4.4. Finalidade do meio de execução

Roubo Próprio	Roubo Impróprio
O agente emprega a violência ou a grave ameaça para subtrair o bem. .	O agente utiliza a violência ou a grave ameaça para **ASSEGURAR A IMPUNIDADE DO CRIME OU A DETENÇÃO DA COISA PARA SI OU PARA TERCEIRO**.
O bem ainda não foi subtraído.	O bem já foi subtraído.

Salienta-se que se a violência ou a grave ameaça for empregada com finalidade diversa não haverá roubo impróprio.

6.4.5. Consumação

A consumação ocorre quando o agente utiliza de violência a pessoa ou de grave ameaça à vítima, com a finalidade de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Obs.: a finalidade não precisa ser alcançada, basta que seja empregada.

6.4.6. Tentativa

Em relação à tentativa, a doutrina diverge sobre sua possibilidade ou não. Vejamos:

1ª C: Não se admite, pois ou a violência é empregada e tem-se a consumação, ou não é empregada e tem-se o crime de furto (STJ).

2ª C: Admite-se a tentativa na hipótese em que o agente, após apoderar-se do bem, tenta empregar violência ou grave ameaça, mas é contido (Mirabete).

6.5. ROUBO CIRCUNSTANCIADO

6.5.1. Previsão legal e considerações

Os parágrafos 2º, 2º-A e 2º-B disciplinam o roubo circunstanciado, ou seja, causas em que a pena do crime será aumentada.

> *Art. 157,*
> *§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;*
> *III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.*
> *IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;*
> *V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.*
> *VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

6.5.2. Natureza jurídica

Como mencionado, a natureza jurídica dos §§2º, 2º-A e 2º-B é de causa de aumento de penal, incidirão na terceira fase de aplicação da pena.

6.5.3. Aplicabilidade

São aplicadas tanto ao roubo próprio quanto ao roubo impróprio, não se aplicam ao roubo qualificado, tendo em vista que a pena já é substancialmente maior.

6.5.4. Emprego de arma

O inciso I, do §2º do art. 157 do CP previa que a pena seria aumentada de 1/3 até a metade quando a violência ou a grave ameaça fosse exercida com o emprego de arma (todo e qualquer instrumento que pode ser utilizado para o ataque ou defesa, com capacidade para matar ou ferir), sem especificar qual espécie de arma.

A Lei 13.654/18 revogou o dispositivo, passando a prever no §2º-A o aumento de 2/3 quando a grave ameaça ou a violência fossem exercidas com arma de fogo (analisaremos detalhadamente).

Posteriormente, a Lei 13.964/209, conhecida como Pacote Anticrime, alterou o §2º incluindo o inciso VII prevendo que a pena aumenta de 1/3 até a metade quando o crime for praticado com arma branca e incluiu o §2º-B, aumentando até o dobro, quando é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Em suma, após o Pacote Anticrime, como menciona Renato Brasileiro[6], o crime de roubo, especificamente, no tocante ao emprego de arma, passa a contar com um sistema progressivo de majoração da pena-base, subdividindo-se em três etapas (iremos analisar detalhadamente cada uma):

Aumento de 1/3 até a metade	Aumento de 2/3	Aumento em dobro
Violência ou grave ameaça com o emprego de ARMA BRANCA	Violência ou grave ameaça com o emprego de ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO	Violência ou grave ameaça com o emprego de ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO OU PROIBIDO

6.5.5. Concurso de duas ou mais pessoas

A pena do roubo será aumentada de 1/3 até metade quando praticado em concurso de pessoas. Assim como o furto, é um crime acidentalmente coletivo, ou seja, é um crime que normalmente é praticado por uma única pessoa, mas a prática por duas ou mais pessoas faz surgir uma modalidade mais gravosa. Basta que uma pessoa seja maior e capaz, portanto, haverá a incidência da causa de aumento quando o agente maior e capaz pratica o roubo na companhia de um menor.

O maior que pratica o crime de roubo na companhia de um menor, irá responder por roubo majorado pelo concurso de pessoas em concurso material com o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B do ECA, pouco importando se o menor já havia sido corrompido.

Ao contrário do furto, em que o concurso qualifica o delito, no roubo o concurso MAJORA a pena. No mais, aplica-se aqui tudo o que foi explicado no furto.

6.5.6. Se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância

É imprescindível que a vítima esteja prestando serviços para alguém, seja de forma profissional (carro forte) ou seja de forma acidental (eventual). Desta forma, quando a vítima está

6 Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo, Editora Juspodivm, 2020 (página 70).

transportando seus próprios valores, não há que se falar em causa de aumento de pena, pois não haverá serviço de transporte.

Salienta-se que os valores não se restringem a dinheiro, podendo ser carga de remédio, bebida etc.

> ***DIREITO PENAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO TRANSPORTE DE VALORES. Deve incidir a majorante prevista no inciso III do § 2º do art. 157 do CP na hipótese em que o autor pratique o roubo ciente de que as vítimas, funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), transportavam grande quantidade de produtos cosméticos de expressivo valor econômico e liquidez.*** *O inciso III do § 2º do art. 157 do CP disciplina que a pena se aumenta de um terço até metade "se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância". O termo "valores" não se restringe a dinheiro em espécie, devendo-se incluir bens que possuam expressão econômica (HC 32.121-SP, Quinta Turma, DJ 28/6/2004). Nesse contexto, cumpre considerar que, na hipótese em análise, a grande quantidade de produtos cosméticos subtraídos possui expressivo valor econômico e liquidez, já que podem ser facilmente negociáveis e convertidos em pecúnia. Deve, portanto, incidir a majorante pelo serviço de transporte de valores.* ***REsp 1.309.966-RJ, Min. Rel. Laurita Vaz, julgado em 26/8/2014.***

Aqui, há uma dupla subjetividade passiva, tendo em vista que o crime terá, obrigatoriamente, mais de uma vítima, por exemplo a empresa do carro forte e motorista.

6.5.7. Subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior

Ao contrário do furto, em que essa circunstância qualifica o delito, no roubo trata-se de MAJORANTE. No mais, aplica-se aqui tudo o que vimos no furto.

6.5.8. Restrição da liberdade da vítima

Como a vítima fica com sua liberdade de locomoção cerceada, o que pode causar grande trauma, além de aumentar os riscos que ela corre, a pena será aumentada de um terço até a metade.

Entende-se que a manutenção da vítima em poder do agente deve durar por tempo juridicamente relevante, ou seja, tempo superior ao necessário para a prática do roubo. Além disso, a restrição da liberdade da vítima é um meio necessário para o sucesso da detenção da coisa ou para a impunidade do crime (garantir a fuga).

RESTRIÇÃO DA LIBERDADE	PRIVAÇÃO DA LIBERDADE
Menos	Mais
O crime já foi executado, mas o agente continua com a vítima em seu poder para	O crime já foi praticado, a detenção do produto do crime já foi assegurada, já escapou da ação policial e, mesmo

assegurar a detenção do produto do crime ou para escapar da ação policial.	assim, continua com a vítima em seu poder.
Roubo circunstanciado.	Roubo + sequestro.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE TJ/PR (2019): Múcio, com o objetivo de ter a posse de um carro, abordou Cláudia, que dirigia devagar na saída de um estacionamento. Ao surpreendê-la, ele fez sinal para que ela parasse e, após Cláudia sair do veículo, Múcio a colocou, com violência, dentro do porta-malas, para impedir que ela se comunicasse com policiais que estavam próximos ao local. Horas depois do crime, Múcio liberou a vítima em local ermo. Nessa situação hipotética, a conduta de Múcio o sujeita a responder pelo crime de roubo qualificado, pelo agente ter mantido a vítima em seu poder, restringindo-lhe a liberdade. Correto!

Após as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, o roubo circunstanciado pela restrição da liberdade da vítima passou a ser considerado crime hediondo. Importante consignar que:

- Trata-se de *novatio legis in pejus*, portanto, só será aplicado aos delitos praticados após a entrada em vigor;
- É a única causa de aumento de pena, prevista no §2º do art. 157, que é considerada crime hediondo. Em suma, não é crime hediondo as causas de aumento previstas nos incisos II, III, IV, VI e VII).

6.5.9. Subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego

Foi criada pela Lei 13.654/2018, o agente, mediante violência ou grave ameaça, subtrai substância explosiva ou acessório que, conjunta ou isoladamente, possibilite a sua fabricação, montagem ou emprego.

Perceba que, aqui, o explosivo é o objeto material (“coisa alheia móvel”), não é o meio de execução. Por exemplo, o agente que, mediante violência ou grave ameaça, subtrai uma banana de dinamite.

6.5.10. Emprego de arma branca

Inicialmente, salienta-se que a Lei 13.654/18 revogou o inciso I, do §2º do art. 157 do CP, que aumentava a pena pelo uso de arma, a qual abrangia a arma branca. Conforme lecionada Renato Brasileiro[7], “*a mudança em questão gerou duras críticas por parte da doutrina. Em primeiro lugar pelo fato de equipar no art. 157, caput, do CP, a conduta daquele que pratica o crime de roubo ‘sem nada nas mãos’ com a daquele que exerce violência ou ameaça com uma arma qualquer, desde que não seja de fogo, o que, para muitos, representa grave violação ao princípio da proporcionalidade e da isonomia, não apenas em virtude do maior risco à integridade física e à vida do ofendido e de outras pessoas, mas também pela maior facilidade para a execução do roubo neste caso (...) em segundo lugar porque, a despeito da supressão da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma no crime de roubo, o legislador olvidou-se de adotar idêntico*

7 Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo, Editora Juspodivm, 2020.

procedimento no tocante ao crime de extorsão, onde referida majorante foi mantida intacta, criando-se, portanto, manifesta incoerência, haja vista a semelhança entre os dois delitos".

Assim, a Lei 13.654/2018 deixou de punir com mais rigor o agente que pratica o roubo com arma branca. Pode-se, portanto, dizer que a Lei nº 13.654/2018, neste ponto, foi mais benéfica. Isso significa que ela, neste tema, retroagiu para atingir todos os roubos praticados mediante arma branca. Foi como decidiu o STJ:

> *O emprego de arma branca deixou de ser majorante do crime de roubo, com a modificação operada pela Lei nº 13.654/2018, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal. Diante disso, constata-se que houve abolitio criminis devendo a Lei nº 13.654/2018 ser aplicada retroativamente para excluir a referida causa de aumento da pena imposto aos réus condenados por roubo majorado pelo emprego de arma branca. Trata-se da aplicação da novatio legis in mellius prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal.*
> *STJ. 5ª Turma. REsp 1.519.860/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17/05/2018.*
> *STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.249.427/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/06/2018.*

Com intuito de resolver o problema, o Pacote Anticrime introduziu a majorante do emprego de arma branca no inciso VII, do art. 157 do CP . A mudança é mais gravosa e, portanto, não se aplica para os fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019.

ROUBO MEDIANTE EMPREGO DE ARMA[8]			
	Antes da Lei 13.654/2018	Depois da Lei 13.654/2018 até a Lei 13.964/2019	Depois da Lei 13.964/2019
Arma BRANCA	Era causa de aumento de pena. A pena aumentava de 1/3 a 1/2.	Deixou de ser causa de aumento de pena. Obs.: A Lei 13.654/2018 era mais benéfica e deveria retroagir neste ponto.	O emprego de arma branca é punido com aumento de 1/3 até 1/2 (metade). Obs.: A lei 13.964/2019 só será aplicada para fatos posteriores a sua vigência

Por fim, arma branca consiste em uma arma que possui ponta ou gume, poderá ser própria (punhal) ou imprópria (faca de cozinha, machado).

6.5.11. Emprego de arma de fogo

a) Previsão legal e considerações

8 Tabela feita por CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Nos casos em que se aplica a Lei nº 13.654/2018, é possível a valoração do emprego de arma branca, no crime de roubo, como circunstância judicial desabonadora**.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/456048afb7253926e1fbb7486e699180?categoria=11&subcategoria=106&assunto=262

Após a Lei 13.654/2018, a causa de aumento de pena (em dois terços) pelo emprego de **arma de fogo** passou a ser disciplinada no §2º-A, I, do art. 157, do CP.

> *Art. 157, § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018*

É crime hediondo, conforme alteração promovida pelo Pacote Anticrime na Lei 8072/1990.

b) Fundamentos

O emprego de arma de fogo facilita a prática do crime de roubo, tendo em vista que a intimidação da vítima é maior e sua chance de defesa diminui drasticamente, bem como há maior risco à integridade física e à vida da vítima e de outras pessoas.

c) Conceito de arma

Como já mencionado, arma é todo instrumento que pode ser utilizado para o ataque e para defesa, com capacidade para matar ou para ferir. De acordo com o Direito Penal:

- Arma própria – é aquela criada para matar ou para ferir, a exemplo de um revólver;
- Arma imprópria – e aquela que foi criada com finalidade diversa, mas pode ser utilizada para ataque ou defesa, tendo em vista que possui capacidade para matar ou ferir, a exemplo de uma barra de ferro;
- Arma branca – é aquela que possui ponta ou gume, podendo ser própria ou imprópria.

ROUBO MEDIANTE EMPREGO DE ARMA		
Antes da Lei 13.654/2018	Depois da Lei 13.654/2018 até a Lei 13.964/2014	Depois da Lei 13.964/2019 (atualmente)
Todas as espécies de armas eram causas de aumento de pena.	Apenas o emprego de arma de fogo é causa de aumento de pena. O emprego de arma branca não era mais causa de aumento de pena.	Tanto a arma de fogo como a arma branca são causas de aumento de pena.
O emprego de arma era punido com um aumento de 1/3 a 1/2 da pena.	O emprego de arma de fogo é punido com um aumento de 2/3 da pena.	O emprego de arma branca é punido com aumento de 1/3 até 1/2 (metade). O emprego de arma de fogo é punido com aumento de 2/3 da pena.

d) Emprego de arma de fogo: situações

Salienta-se que não basta a mera existência física da arma de fogo, é necessário que o agente efetivamente a use (aponta revólver para a vítima) ou porte ostensivamente (a arma fica na cintura, intimidando a vítima).

Não haverá a incidência da majorante quando o agente simula que está portando a arma, por exemplo mão dentro do casaco. Estará caracterizada a grave ameaça, respondendo o agente por roubo simples.

Caso o roubo seja praticado em concurso de pessoas, mas apenas um dos agentes utiliza a arma de fogo, o aumento de dois terços será aplicado para todos. Trata-se de desdobramento lógico da Teoria Unitária ou Monista do concurso de pessoas, todos que concorrem para o crime irão responder pelo mesmo crime.

e) Apreensão e perícia da arma de fogo

A apreensão e a perícia da arma de fogo não são imprescindíveis para a incidência da majorante. Neste sentido:

> *O reconhecimento da referida causa de aumento prescinde (dispensa) da apreensão e da realização de perícia na arma, desde que o seu uso no roubo seja provado por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.*
> *STF. 1ª Turma. HC 108034/MG, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 05/06/2012.*
> *STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1076476/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 04/10/2018.*
> *STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 449102/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 09/10/2018.*

Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo na arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

f) Arma com defeito[9]

Tratando-se de arma com defeito é necessário diferenciar se a ineficácia para efetuar disparos é absoluta ou relativa, a fim de determinar a incidência da majorante.

INEFICÁCIA ABSOLUTA	INEFICÁCIA RELATIVA
A arma jamais será capaz de efetuar disparos	O defeito faz com que a arma funcione em alguns momentos, por exemplo dispara e trava.
Não irá aumentar a pena	Prevalece que incide a majorante.

9 Conforme explica Márcio Cavalcante. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0e9fa1f3e9e66792401a6972d477dcc3?categoria=11&subcategoria=106&assunto=262&palavra-chave=per%C3%ADcia&criterio-pesquisa=texto_literal

	Contudo, importe consignar que há posicionamento no STJ sobre a não incidência (utilizar para DPE)
Nesse caso, o revólver defeituoso servirá apenas como meio para causar a grave ameaça à vítima, conforme exige o caput do art. 157, sendo o crime o de roubo simples	Nesse caso, o revólver, mesmo defeituoso, continua tendo potencialidade lesiva, de sorte que poderá causar danos à integridade física, sendo, portanto, o crime o de roubo circunstanciado

g) Arma desmuniciada[10]

STF	STJ
SIM. É irrelevante o fato de estar ou não municiada para que se configure a majorante do roubo (STF. 2ª Turma. RHC 115077, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06/08/2013).	SIM! Mesmo sem munição, a arma pode ser empregada, como in casu, como instrumento contundente apto a produzir lesões graves, o que imporia a manutenção da causa especial de aumento (REsp 1489166/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2015).
	NÃO! O emprego de arma de fogo desmuniciada tem o condão de configurar a grave ameaça e tipificar o crime de roubo, no entanto NÃO É suficiente para caracterizar a majorante do emprego de arma, pela ausência de potencialidade lesiva no momento da prática do crime (STJ. 5ª Turma. HC 449.697/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 21/06/2018).

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE TJ/BA (2019): Constatada a utilização de arma de fogo desmuniciada na perpetração de delito de roubo, não se aplica a circunstância majorante relacionada ao emprego de arma de fogo. Correto! Apesar da divergência (exposta acima), a Banca adotou o entendimento do STF e considerou como correta a questão.

h) Arma de brinquedo

O uso da arma de brinquedo não é apto a ensejar a incidência da majorante, tendo em vista que não possui ofensividade e em razão da tipicidade plena.

6.5.12. Destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum

Prevista no art. 157, §2º-A, II do CP, também foi acrescentada pela Lei 13.654/2018.

10 Idem

> *Art. 157, § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*

Para que se caracterize esta causa de aumento de pena é necessário o preenchimento de dois requisitos:

a) o roubo resultou em destruição ou rompimento de obstáculo;

b) essa destruição ou rompimento foi causado pelo fato de o agente ter utilizado explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum.

Todas as considerações feitas no furto devem ser aplicadas aqui, salvo em relação a hediondez (algo totalmente desproporcional).

Obs.: no furto é qualificadora; no roubo é causa de aumento de pena.

6.5.13. Emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido

A última causa de aumento, prevista no art. 157, §2º-B do CP, foi acrescentada pelo Pacote Anticrime. Igualmente, é crime hediondo, conforme alteração promovida pelo Pacote Anticrime na Lei 8072/1990.

> *Art. 157, § 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de **arma de fogo de uso restrito ou proibido**, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Salienta-se que o §2º-B é uma norma penal em branco heterogênea, será complementada pelo Decreto 9.879/2019 que especifica o que é arma de uso restrito e arma de uso proibido.

> *Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *II - arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: (Redação dada pelo Decreto nº 9.981, de 2019)*
> *a) não portáteis;*
> *b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou*
> *c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules;*
> *III - arma de fogo de uso proibido:*
> *a) as armas de fogo classificadas de uso proibido em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; ou*
> *b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos;*

Tanto o STF quanto o STJ sempre firmaram o entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma de fogo (art. 157, §2º-A) dispensa a apreensão e a perícia, utiliza-se outros meios de prova, a exemplo da palavra da vítima. Contudo, o mesmo entendimento não vigora para a majorante do §2º-B, tendo em vista que será necessária a apreensão e perícia da

arma, já que a vítima, em regra, não possui conhecimento técnicos para determinar que a arma era de uso proibido ou restrito.

Importante consignar que não havendo apreensão e perícia na arma de fogo de uso restrito ou proibido, será aplicada a majorante do §2º-A, I do CP.

6.6. ROUBO QUALIFICADO

6.6.1. Previsão legal e considerações

O §3º do art. 157 consagra as qualificadoras do roubo seja pela lesão corporal grave seja pela morte, também foi alterado pela Lei 13.654/2018 (mais gravosa e, portanto, irretroativa).

> *Art. 157, § 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*
> *II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)*

Antes da Lei 13.654/2018	Depois da Lei 13.654/2018 (atualmente)
Art. 157 (...) § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.	Art. 157 (...) § 3º Se da violência resulta: I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

Destaca-se que todo latrocínio será um roubo qualificado, mas nem todo roubo qualificado será um latrocínio.

6.6.2. Aplicabilidade

As qualificadoras irão incidem no caso de roubo simples próprio e de roubo simples impróprio.

6.6.3. Resultado agravador e violência à pessoa

Para que o roubo seja considerado qualificado, o resultado agravador (lesão corporal grave ou morte), necessariamente, deverá ser fruto da violência à pessoa. Logo, quando o resultado agravador decorrer da grave ameaça não estará caracterizado o roubo qualificado, haverá roubo em concurso com homicídio (doloso ou culposo) ou lesão corporal (dolosa ou culposa).

6.6.4. Natureza do resultado agravador e crime qualificado pelo resultado

Importante consignar que o roubo qualificado não é necessariamente um crime preterdoloso, porque o resultado agravador poderá ser doloso ou culposo.

6.6.5. Roubo qualificado pela lesão corporal grave

a) Alcance

A expressão “lesão corporal grave” abrange tanto a lesão corporal grave (art. 129, §1º) quanto a lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º).

b) Momento consumativo

A consumação ocorre quando a vítima ou terceira pessoa suporta a lesão grave.

c) Aplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos

Antes do Pacote Anticrime, apenas o roubo qualificado pela morte era crime hediondo. Atualmente, o roubo qualificado pela lesão corporal grave também integra o rol taxativo de crimes hediondos (art. 1º, II, c, da Lei 8.072/1990). Logo, roubo qualificado pela lesão corporal grave é crime hediondo.

6.6.6. Roubo qualificado pela morte

a) Terminologia e caráter hediondo

A expressão “latrocínio” foi criada pela doutrina e incorporada pela jurisprudência. Apesar de não existir no Código Penal, estava inserido na legislação penal.

Após o Pacote Anticrime, que alterou o art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, embora o latrocínio continue sendo considerado um crime hediondo (art. 1º, II, c, da Lei 8.072/1990), a expressão foi retirada do texto legal, voltou a ser mera denominação doutrinária e jurisprudencial.

b) Localização no Código Penal

O latrocínio é crime complexo, trata-se de um crime de roubo mais um crime de homicídio. Foi catalogado como crime contra o patrimônio em razão do critério preponderante, já que o agente matou para roubar.

c) Competência

É crime de competência do juízo singular, ainda que a morte seja dolosa. Portanto, não será processado e julgado perante o Tribunal do Júri.

STF Súmula 603 – A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri

d) Consumação e tentativa

Como visto, o latrocínio é um misto de roubo e homicídio, por isso quatro situações definem consumação e tentativa.

SUBTRAÇÃO	MORTE	LATROCÍNIO
Consumada	Consumada	Consumado
Tentada	Tentada	Tentado
Consumada	Tentada	Tentado*

Tentada	Consumada	Consumado (Súmula 610 STF)
Como se percebe, o que ocorre com a vida da vítima é o que determina a consumação ou não do latrocínio.		

STF SÚMULA Nº 610 *há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.*

Veja como **já foi cobrado**:

VUNESP TJ/RJ (2019): João invade um museu público disposto a furtar um quadro. Durante a ação, quando já estava tirando o quadro da parede, depara-se com um vigilante. Diante da ordem imperativa para largar o quadro, e temendo ser alvejado, vulnera o vigilante com um projétil de arma de fogo. O vigilante vem a óbito; e João, impressionado pelos acontecimentos, deixa a cena do crime sem carregar o quadro. De acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, praticou-se latrocínio tentado. Errado! Houve latrocínio consumado.

MPE/SC (2019): No crime contra o patrimônio em que a coisa é subtraída e a violência é praticada com a intenção de matar a vítima, sem que esta chegue a morrer, a conduta é tipificada como tentativa de latrocínio, e não como roubo consumado, nem como latrocínio consumado (art. 157 do CP), conforme definido pela jurisprudência dominante no STJ. Correto!

Salienta-se que no caso de subtração consumada e morte tentada, a 2ª Turma do STF, em razão do dolo do agente, entendeu que era caso de concurso: tentativa de homicídio qualificado + roubo qualificado.

e) Latrocínio e *aberratio ictus*

Ocorre quando há erro de execução, ou seja, o agente por falha na execução atinge pessoa diversa da desejada. Os institutos são perfeitamente compatíveis.

f) Morte da vítima e posterior subtração de bens

Imagine que “A” mata “B”, seu desafeto, o dolo era de matar. Após a morte, resolve subtrair os bens da vítima.

Neste caso, “A” deverá responder por homicídio contra “B” em concurso material com furto de bens pertencentes ao espólio de “B”. Lembrar que, com a morte, os bens são transferidos aos herdeiros do morto (art. 1.784 do CC)

g) Latrocínio e pluralidade de mortes

Ocorrendo subtração de dois patrimônios e morte de duas pessoas, haverá dois latrocínios consumados.

Havendo apenas uma subtração, porém com pluralidade de mortes, prevalece que sendo o latrocínio crime complexo, a pluralidade de vítimas não implica na pluralidade de latrocínios. Trata-se de crime único contra o patrimônio, servindo as várias mortes para agravar a pena (Bitencourt, Mirabete). Diversamente entende o STJ, afirma que seria concurso formal.

Observe a tabela do Professor Márcio Cavalcante:

STJ: CONCURSO FORMAL	STF E DOUTRINA: UM ÚNICO CRIME DE LATROCÍNIO
É pacífico na jurisprudência do STJ o entendimento de que há concurso formal impróprio no latrocínio quando ocorre uma única subtração e mais de um resultado morte, uma vez que se trata de delito complexo, cujos bens jurídicos tutelados são o patrimônio e a vida. STJ. 5ª Turma. HC 336.680/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17/11/2015.	(...) 7. Caracterizada a prática de latrocínio consumado, em razão do atingimento de patrimônio único. 8. O número de vítimas deve ser sopesado por ocasião da fixação da pena-base, na fase do art. 59 do CP. (...) STF. 2ª Turma. HC 109539, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 07/05/2013.
Prevalece, no STJ, o entendimento no sentido de que, nos delitos de latrocínio - crime complexo, cujos bens jurídicos protegidos são o patrimônio e a vida -, havendo uma subtração, porém mais de uma morte, resta configurada hipótese de concurso formal impróprio de crimes e não crime único. STJ. 6ª Turma. HC 185.101/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 07/04/2015.	(...) Segundo entendimento acolhido por esta Corte, a pluralidade de vítimas atingidas pela violência no crime de roubo com resultado morte ou lesão grave, embora único o patrimônio lesado, não altera a unidade do crime, devendo essa circunstância ser sopesada na individualização da pena (...) STF. 2ª Turma. HC 96736, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/09/2013.

i) Roubo e o latrocínio: concurso material ou crime continuado

Crimes de mesma espécie, em que se admite o crime continuado, os crimes precisam estar previstos no mesmo dispositivo legal, além de ofender os mesmos bens jurídicos. Por isso, havendo um roubo e um latrocínio haverá concurso material, já que os bens jurídicos ofendidos são diferentes, posição do STF e do STJ.

Veja como **já foi cobrado**:

PC/RS (2018): O posicionamento dominante no Supremo Tribunal Federal é pelo não cabimento da continuidade delitiva entre roubo e latrocínio. Correto!

CESPE PC/MT (2017): Admite-se a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e de latrocínio. Errado!

6.7. AÇÃO PENAL

Em qualquer modalidade de roubo a ação penal será pública incondicionada.

7. EXTORSÃO

7.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O delito de extorsão está disciplinado no art. 158 do CP. Vejamos:

*Art. 158 - **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:*
Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.
§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.
§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, não se admite os benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95.

7.2. EXTORSÃO x ROUBO

Inicialmente, importante consignar que, conforme o entendimento dos Tribunais Superiores, não é cabível continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão (há concurso material), tendo em vista que não crimes de mesma espécie, estão previstos em dispositivos legais distintos (art. 157 e art. 158).

Obs.: Por serem crimes que apresentam características comuns, em provas da Defensoria (sempre analisando a postura do Examinador), pode-se defender a aplicação da continuidade.

	ROUBO	EXTORSÃO
Características comuns	**Crimes contra o patrimônio**	
	Violência à pessoa e grave ameaça como meio de execução	
	Penas de 4 a 10 anos para a modalidade simples	
	Aumento de 1/3 até metade quando praticado em concurso de pessoas	
	Figuras qualificadas pela lesão corporal grave e morte com penas iguais	
1ª Corrente: ultrapassada (Carrara)	O proveito patrimonial do agente **é simultâneo** ao mal prometido à vítima pelo emprego da violência a pessoa ou grave ameaça.	O mal prometido e a indevida vantagem econômica **são futuros**.
2ª Corrente (Hungria)	O agente **subtrai** o bem da vítima.	A vítima **entrega** o bem ao agente.
3ª Corrente: PREVALECE	O núcleo do tipo é subtrair, o agente retira o bem da vítima. Não é necessária colaboração da vítima.	O núcleo do tipo é constranger, a participação da vítima é essencial para a obtenção da vantagem indevida.

7.3. BEM JURÍDICO TUTELADO

A extorsão, assim como o roubo, possui dupla objetividade jurídica: patrimônio e a liberdade individual da vítima (sua incolumidade pessoal e sua vida também).

EXTORSÃO	CONSTRANGIMENTO ILEGAL
Busca-se vantagem econômica, o meio utilizado é o constrangimento.	Busca-se a restrição da liberdade da vítima. É o fim pretendido.

7.4. SUJEITO ATIVO

É crime comum, portanto, pode ser realizado por qualquer pessoa.

Rogério Sanches entende que quando o sujeito ativo for funcionário público: pode ocorrer o crime de concussão. Não parece muito correto, tendo em vista que a concussão não decorre da violência ou grave ameaça, mas sim da condição pessoal do agente (funcionário público). Inclusive, se o funcionário público faz a exigência mediante violência ou grave ameaça, pode ocorrer crime de extorsão em vez de concussão.

7.5. SUJEITO PASSIVO

A vítima é a pessoa ferida no patrimônio (pode, inclusive, ser uma pessoa jurídica), bem como aquela que, alheia ao patrimônio, sofreu violência ou grave ameaça.

7.6. NÚCLEO DO TIPO

A conduta é constranger (obrigar, coagir) alguém a fazer ou deixar de fazer algo, com a finalidade de obter vantagem econômica indevida, para si ou para outrem.

Salienta-se que o constrangimento deve ser praticado mediante violência (física) ou grave ameaça (por exemplo, chantagem). A violência IMPRÓPRIA não é admitida.

7.7. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime é punido somente a título de dolo (dolo de constranger), acrescido da finalidade específica de obter vantagem econômica indevida para si ou para outrem.

Vale ressaltar que a vantagem econômica tem um sentido mais amplo que a coisa alheia móvel dos delitos de furto e roubo.

Caso a vantagem não seja econômica, não haverá extorsão. Outro será o crime, como por exemplo, constrangimento ilegal, no caso de não haver finalidade específica na conduta; estupro, no caso de vantagem sexual etc.

Caso a vantagem econômica não seja devida, haverá o delito de Exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

> *Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:*
> *Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.*
> *Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.*

OBS: o delito de exercício arbitrário das próprias razões consuma-se ainda que a dívida (por exemplo) seja somente imaginada pelo agente, desde que ele realmente ache que é devida (se engana, por exemplo).

7.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

É crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, o tipo penal possui conduta e resultado naturalística, mas para fins de consumação dispensa a ocorrência do resultado naturalístico. Portanto, o crime se consuma com a prática do resultado.

> *Súmula 96 STJ – o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.*

É perfeitamente possível, trata-se de crime plurissubsistente. Observe o quadro do Professor Cleber Masson:

TENTATIVA	CONSUMAÇÃO	EXAURIMENTO (Consumação material)
Constrangimento, mediante emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, para obtenção de indevida vantagem econômica.	Realização, pela vítima, do comportamento determinado pelo agente.	Obtenção da indevida vantagem econômica

7.9. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA (MAJORANTES)

7.9.1. Previsão legal

As causas de aumento estão previstas no art. 158, §1º do CP. Observe:

> *Art. 158*
> *Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*
> *§ 1º - Se o crime É COMETIDO por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.*

7.9.2. Pelo concurso de pessoas

Diferente do roubo, na extorsão se exige dois ou mais EXECUTORES, vale dizer, não abrange o partícipe.

7.9.3. Pelo emprego de arma

Conforme ensina Rogério Sanches, "*prevalece na doutrina e na jurisprudência o sentido amplo, abrangendo todo o objeto ou utensílio que sirva para matar, ferir ou ameaçar, seja qual for a forma ou o seu destino principal. Esse entendimento ganhou força com o Pacote Anticrime, é que o legislador no art. 157 do CP, diferencia arma branca de arma de fogo. Se o art. 158 do CP não o fez, a expressão deve ser tratada como gênero, alcançando qualquer instrumento capaz de servir ao ataque*".

7.10. EXTORSÃO QUALIFICADA

7.10.1. Pela lesão corporal e pela morte

Está prevista no §2º do art. 158 do CP.

> *Art. 158*
> *Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*
> *§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior (art. 157§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa).*

É o caso quando da violência (um dos *modus operandis* do constrangimento) resulta lesão grave ou morte. Aplica-se, aqui, tudo o que foi discutido quanto às qualificadoras do roubo.

Importante salientar que antes das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, o art. 158, §2º do CP estava incluindo no rol dos crimes hediondos. Contudo, com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, talvez por um erro grosseiro do legislador, como menciona Renato Brasileiro, a qualificadora do art. 158, §2º do CP não mais integra o rol do art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, portanto, não é mais considerado hediondo.

7.10.2. Pela restrição da liberdade da vítima

A qualificadora em questão está prevista no art. 158, §3º, do CP, é o chamado sequestro-relâmpago ou "saidinha".

> *Art. 158, § 3º Se o crime é cometido mediante a **restrição** da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.*

Como vimos na extorsão a colaboração da vítima é imprescindível para o agente obter a vantagem econômica pretendia, no sequestro-relâmpago a liberdade da vítima é restrita, ficando com o agente por tempo juridicamente relevante.

O §3º foi acrescentado pela Lei 11.923/09. Antes, o chamado "sequestro-relâmpago", a depender do caso, poderia ser tipificado de três formas diferentes:

- Roubo majorado pela privação da liberdade (art. 157, §2º, V);
- Extorsão (art. 158, caput): a privação momentânea da liberdade era mera circunstância judicial.

- Extorsão mediante sequestro (art. 159): a privação da liberdade era elementar do delito.

Perceba que a qualificadora do §3º previu mais duas qualificadora: se a restrição da liberdade causar lesão corporal grave ou causar morte as penas serão as dos §§2º e 3º do art. 159 do CP. Trata-se de um crime remetido, ou seja, o tipo penal remete a outro dispositivo legal.

Sucede que ao alterar o CP, acrescentando a extorsão qualificada do §3º do art. 158, que também prevê o resultado morte, o legislador não acrescentou essa hipótese ao rol taxativo de crimes hediondos da Lei 8.072/90. Por conta disso, prevaleceu na doutrina que o sequestro-relâmpago com resultado morte (art. 158, §3º, in fine) não configura crime hediondo, uma vez que entendimento contrário implicaria em analogia *in malam partem*.

Após as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, o art. 1º, III da Lei de Crimes Hediondos prevê que é crime hediondo a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º). Devido a redação confusa, surge a dúvida acerca da hediondez da extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, sem que ocorra lesão corporal ou morte. No entendimento de Cleber Masson, deve ser considerado crime hediondo, tendo em vista que legislador fez referência a todo o art. 158, §3º do CP.

ROUBO (ART. 157, §2º, V)	EXTORSÃO (ART. 158, §3º)	EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO (ART. 159)
O agente subtrai a coisa.	O agente constrange a entregar a vantagem econômica.	Sequestro com privação de curta duração, como meio de extorquir.
Colaboração da vítima é dispensável.	Colaboração indispensável da vítima.	Colaboração de terceiro é indispensável para o sucesso da empreitada (pagamento do resgate).
A privação da liberdade é majorante (§2º, V → aumenta pena de 1/3 a ½)	A restrição da liberdade agora é qualificadora.	A privação é elementar do tipo.
Após as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, **é crime hediondo**.	Após as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, **é crime hediondo**.	**Sempre foi hediondo**, mesmo antes do Pacote Anticrime.
Pena: 04 a 10 anos + 1/3 até metade.	Pena: 06 a 12 anos.	Pena: 08 a 15 anos.

Veja como **já foi cobrado**:

MPE/MS (2018): É crime de extorsão mediante sequestro a conduta denominada de "sequestro-relâmpago" (ocorre quando os agentes abordam a vítima, restringem sua liberdade e com ela se deslocam e a caixas eletrônicos, com intuito de fazer saques em dinheiro). Errado, configura extorsão qualificada, prevista no art. 158, §3º.

8. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

8.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Encontra-se prevista no art. 159 do CP. Observe:

> *Art. 159 - **Sequestrar** pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate* **(extorsão mediante sequestro simples)***:*
> *Pena: Reclusão, de oito a quinze anos.*
> *§ 1o Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.* **(qualificadora)**
> *Pena - reclusão, de doze a vinte anos.*
> *§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:* **(qualificadora)**
> *Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.*
> *§ 3º - Se resulta a morte:* **(qualificadora)**
> *Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.*
> *§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.* **(Minorante)**

É crime de elevado potencial ofensivo, portanto, não admite a aplicação dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95. A extorsão mediante sequestro é SEMPRE crime hediondo, independentemente de resultar ou não na morte da vítima.

Perceba que se trata, na realidade, de uma forma especializada de extorsão, qual seja, aquela cujo meio de execução utilizado é a privação da liberdade (é mesma do delito de sequestro ou cárcere privado, estudado anteriormente) de uma pessoa.

Obs.: o art. 158 do CP é um crime remetido, faz menção às penas do art. 157 do CP e do art. 159 do CP. Não confundir: a) Havendo lesão grave ou morte: remede ao art. 157, §3º do CP; b) Havendo lesão corporal grave ou morte, no caso de restrição da liberdade da vítima, sendo esta necessária para a empreitada criminosa: remete ao art. 159, §§2º e 3º.

8.2. BEM JURÍDICO TUTELADO

É crime complexo, precipuamente, protege o patrimônio, mas também a liberdade de locomoção, a incolumidade pessoal da vítima e, eventualmente, a vida.

8.3. SUJEITO ATIVO

É crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa.

Conforme ensina Rogério Sanches, "*concorre para a extorsão mediante sequestro o agente a quem, na divisão de tarefas, cabe providenciar alimentos para os sequestradores e às vítimas, alugar chácaras para servir de cativeiro, bem como dar outros apoios táticos. Ainda que não tenha abordado e dominado os ofendidos, num primeiro momento da ação delituosa, agiu em comparsaria, a teor do art. 29 do CP*".

8.4. SUJEITO PASSIVO

Será a pessoa privada de sua liberdade, além da pessoa que paga o resgate.

Tal como no delito de extorsão (art. 158), também pode ser sujeito passivo a Pessoa Jurídica que paga o resgate e, consequentemente é atingida em seu patrimônio. Por exemplo, sequestram Silvio Santos e o resgate é pago pelo SBT. Tanto Silvio Santos quanto a PJ SBT serão sujeitos passivos.

Obs.: o tipo penal refere-se à pessoa. Portanto, o sequestro de animal com pedido de resgate não se amolda no art. 159, teremos uma extorsão (art. 158).

8.5. NÚCLEO DO TIPO

O verbo núcleo (conduta) é sequestrar (privar a liberdade da vítima).

Apesar de o tipo penal não mencionar a figura do cárcere privado (privação com confinamento), a doutrina entende que o verbo sequestrar foi utilizado em seu sentido amplo, abrangendo também aquele delito.

É um crime de execução livre, podendo ser praticado comissiva ou omissiva. Ex. de sequestro omissivo: o agente que tem o dever de colocar a vítima em liberdade, mas só fará se receber indevida vantagem.

Salienta-se que o efetivo sequestro pode ser antecedido de violência, grave ameaça, fraude ou qualquer outro modo. Além disso, a vítima não precisa ser removida de um local para outro para que se configure o delito, portanto, haverá extorsão mediante sequestro mesmo que a vítima fique confinada em sua própria casa.

8.6. ELEMENTO SUBJETIVO

Somente é punido a título de DOLO (consciência e vontade de sequestrar), acrescido da finalidade específica de locupletamento ilícito (desejo de obter para si ou para outrem qualquer vantagem).

Percebe-se que, diferentemente do art. 158 do CP (extorsão), o tipo do art. 159 não faz referência à vantagem indevida e econômica. Apesar disso, prevalece na doutrina que esses elementos estão implícitos no tipo penal.

De acordo com Nelson Hungria, a vantagem buscada no delito do art. 159 deve ser indevida e econômica (pois o delito pertence ao título dos crimes contra o patrimônio). Se o sequestro visa obter vantagem devida o crime será o de exercício arbitrário das próprias razões em concurso formal com o delito de sequestro. Por outro lado, Damásio e Bitencourt, entendem que o delito do art. 159 se configura com a exigência de qualquer vantagem (devida ou indevida; econômica ou não).

8.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Prevalece (STF) que o crime se consuma com a realização do núcleo do tipo, ou seja, com a efetiva privação da liberdade. Dispensa-se, assim, a exigência do resgate, bem como a obtenção de indevida vantagem. Trata-se de crime formal.

Prevalece que não importa o tempo de privação da liberdade para que reste configurado o crime, a maior ou menor duração do sequestro influirá apenas na fixação da pena.

Tal qual o delito de sequestro e cárcere privado, o art. 158 é exemplo de crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo. Consequências:

a) Súmula 711 do STF - Aplicação da 'novatio legis in pejus'.

b) Admite flagrante enquanto perdura a privação da liberdade.

c) A prescrição só começa a correr depois de cessada a permanência.

CUIDADO: O crime continua no estágio de consumação enquanto perdura a privação da liberdade, pouco importando se o pagamento do resgate já foi realizado.

É perfeitamente possível a tentativa, pois a conduta permite fracionamento do *iter criminis* (crime plurissubsistente).

8.8. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA

8.8.1. Previsão legal

As formas qualificadas da extorsão mediante sequestro estão disciplinadas nos §§ 1º, 2º e 3º, vejamos:

> *Art. 159,*
> *§ 1o Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.*
> *Pena - reclusão, **de doze a vinte anos**.*
> *§ 2º - Se do fato resulta **lesão corporal de natureza grave**:*
> *Pena - reclusão, **de dezesseis a vinte e quatro anos**.*
> *§ 3º - Se resulta **a morte**:*
> *Pena - reclusão, **de vinte e quatro a trinta anos**.*

8.8.2. Se o sequestro dura mais de 24h

É mais uma prova de que não importa o tempo de privação para que se consume o crime.

Considera-se o tempo de privação da liberdade da vítima e não o tempo para o pagamento do resgate. Assim, por exemplo, se o resgate foi pago em 5 minutos, mas a privação dura 25 horas, incide a qualificadora.

8.8.3. Se o sequestrado é menor de 18 anos ou maior de 60 anos

Fundamenta-se na maior vulnerabilidade da vítima, já que os menores de idade e os idosos apresentam menor capacidade de resistência.

Tratando-se de menor de 18 anos, considera-se sua idade no início da privação de liberdade, pouco importando se atingir a maioridade no decorrer do sequestro. Em relação ao maior de 60

anos, o raciocínio é inverso, para configurar a qualificadora basta que a vítima tenha mais de 60 anos no momento do fim do sequestro.

Salienta-se que o agente do crime deve ter conhecimento da idade da vítima, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Se não tiver conhecimento, não responderá pela forma qualificada, pois terá agido em erro de tipo.

8.8.4. Se o sequestro é comedido por bando ou quadrilha

Hoje, associação criminosa (art. 288 do CP). O STJ entende que a condenação pelo crime de extorsão mediante sequestro qualificada pelo concurso de agentes pode ser cumulada com o crime do art. 288 do CP, não haverá *bis in idem*.

8.8.5. Se o sequestro resulta lesão corporal grave (§2º) ou morte (§3º)

No resultado lesão corporal grave a pena será de 16 a 24 anos; no resultado morte a pena será de 24 a 30 anos.

Considerações importantes:

- Os resultados qualificadores podem decorrer tanto de dolo como de culpa;
- Os resultados qualificadores podem ser praticados tanto na vítima privada da liberdade quanto na da extorsão, ou contra qualquer outra pessoa que tenha ligação com o crime (por exemplo, o policial que vai entregar o resgate e é morto)

  Destaca-se que há doutrina que sustenta que apenas poderá recair sobre a vítima do sequestro, uma vez que o tipo menciona “se do fato (sequestro) ocorrer o resultado qualificador”. A qualificadora não incide, por exemplo, se quem vem a morrer é o policial que estoura o cativeiro.
- Se o resultado decorrer de caso fortuito ou força maior, não há que se falar em extorsão qualificada pelo resultado, nos termos do art. 19 do CP;
- Ao contrário dos delitos de roubo e extorsão, aqui não se exige que o resultado qualificador advenha de violência real (“do fato”). Naqueles delitos o artigo se refere “se da VIOLÊNCIA resulta...” aqui, como dito refere “se do FATO resulta...”.

8.9. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Por fim, o §4º do art. 159 do CP prevê a delação premiada, causa especial de diminuição de pena, de um a dois terços, para o concorrente que denunciar à autoridade, facilitando a liberação da vítima.

> *Art. 158, § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*

É necessário o preenchimento de três requisitos cumulativos, quais sejam:

1º Crime cometido em concurso de pessoas: a delação é possível desde que seja cometido por duas ou mais pessoas. Não mais se exige o cometimento do crime por meio de associação criminosa.

2º Um dos concorrentes (coautor ou partícipe) deve denunciar o crime à autoridade (em sentido amplo: polícias, MP e magistratura);

3º A informação dada pelo concorrente deve facilitar a libertação do sequestrado. Ou seja, a delação deve ser eficaz.

Há doutrina que exige a recuperação do resgate para que incida a delação premiada, porém não prevalece. Não existe na lei essa condição. Ao assim agir o intérprete sequer está fazendo analogia, mas efetivamente está legislando.

A redução será diretamente proporcional ao auxílio prestado pelo criminoso.

9. EXTORSÃO INDIRETA

Está tipificada no art. 160 do CP, é o ato de exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro.

> *Art. 160 - Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.*

Admite a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, tendo em vista a pena cominada.

10. ESTELIONATO

10.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está previsto no art. 171 do CP. Vejamos:

> *Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:*
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.*
> *§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.*
> *§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:*
> ***Disposição de coisa alheia como própria***
> *I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;*
> ***Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria***

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Estelionato contra idoso

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a Administração Pública, direta ou indireta; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - pessoa com deficiência mental; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Trata-se de crime de médio potencial ofensivo, compatível com a suspensão condicional do processo, quando presentes dos requisitos da Lei 9.099/95.

10.2. CONCEITO DE ESTELIONATO

É um crime em que o meio de execução é a fraude.

A expressão “estelionato” deriva do latim *stellio*, significa camaleão caracterizado pela capacidade de enganar seus predadores, ficando de inúmeras cores. O estelionatário utiliza inúmeras formas para enganar suas vítima.

10.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Protege-se o patrimônio das pessoas, em geral.

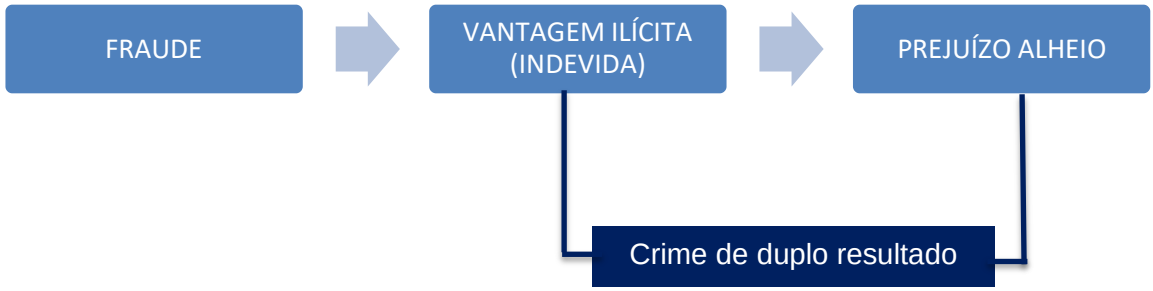
10.4. OBJETO MATERIAL

Será a pessoa enganada pela fraude e, também, a coisa ilicitamente obtida pelo agente.

10.5. NÚCLEO DO TIPO

O estelionato é pressupõe uma conduta composta, qual seja: "*obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro*".

Perceba que o agente, mediante fraude, busca uma vantagem ilícita causando prejuízo econômico à vítima. Há, portanto, a presença de três elementos:



10.5.1. Fraude

É a conduta praticada pelo agente visando induzir ou manter a vítima em erro.

INDUZIR	MANTER EM ERRO
O agente coloca a vítima em uma posição de erro, perante uma falsa percepção da realidade.	O agente aproveita-se do engano espontâneo da vítima.

O erro consiste em uma falsa percepção sobre algo. O Código Penal utilizou "erro" em sentido amplo, abrangendo o erro propriamente dito (falsa percepção da realidade) e a ignorância (completo desconhecimento de algo).

A fraude pode ser praticada por:

ARTIFÍCIO	ARDIL	QUALQUER MEIO FRAUDULENTO
É a fraude material, o agente se vale de instrumento, objetos para enganar a vítima.	É a fraude moral, o agente utiliza conversa enganosa.	Não sendo fraude material ou fraude moral.
Falso bilhete premiado.	Liga para a vítima e se faz passar pelo gerente do banco.	Silêncio do agente (estelionato por omissão).

Veja como **já foi cobrado**:

PC/RS (2018): O silêncio pode ser meio de execução do crime de estelionato, que pode se configurar, portanto, através de uma conduta omissiva. Correto!

10.5.2. Vantagem ilícita

A vantagem ilícita precisa ter natureza econômica, tendo em vista que o estelionato é um crime contra o patrimônio.

O terceiro beneficiado não precisa ter conhecimento da origem ilícita da vantagem; em não sabendo que aquilo que recebe é produto de crime, não responderá por nenhum delito.

Salienta-se que o emprego de fraude para obtenção de vantagem devida (lícita) não configura estelionato, mas sim exercício arbitrário das próprias razões.

A fraude em certames públicos pode configurar o crime do art. 311-A do CP. Trata-se de crime contra a fé pública, cujos sujeitos são: *ativo* – qualquer pessoa, sendo que na hipótese de ser praticado por funcionário público há aumento de pena (§3º); *passivo* – vislumbramos o Estado, a coletividade e, possivelmente uma vítima imediata que pode ser prejudicada pela divulgação do conteúdo sigiloso do certame.

> *Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:*
> *I - concurso público;*
> *II - avaliação ou exame públicos;*
> *III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou*
> *IV - exame ou processo seletivo previstos em lei:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *§ 1o Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.*
> *§ 2o Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*
> *§ 3o Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.*

10.5.3. Prejuízo alheio

A conduta o agente, dirigida à obtenção da vantagem ilícita, deve gerar algum prejuízo à vítima, que pode se traduzir tanto na perda de patrimônio como no fato de a vítima deixar de ganhar alguma vantagem patrimonial em decorrência da fraude empregada pelo estelionatário.

Indaga-se: ***a fraude bilateral (ou torpeza bilateral) exclui o crime de estelionato? (Quando a vítima também age com má-fé)***?

1ª C (PREVALECE): Como a boa-fé da vítima não é elementar do crime, mesmo que esta aja com ganância, não apaga o crime.

2ª C: O crime deixa de existir, pois o direito não pode amparar a má-fé da vítima (Hungria e Greco).

10.6. "ESTELIONATO JUDICIÁRIO"

Consiste no abuso à provocação da tutela jurisdicional. O agente utiliza o Poder Judiciário para auferir vantagem indevida causando prejuízo à vítima.

De acordo com o STF e o STJ, o "estelionato judiciário" não tipifica o crime do art. 171 do CP, o agente poderá responder por eventual crime de falsidade.

> *O estelionato judiciário não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual seria conduta atípica (RHC 31.344/PR).*
>
> *Não configura "estelionato judicial" a conduta de quem obtém o levantamento indevido de valores em ação judicial. O processo tem natureza dialética, possibilitando o exercício do contraditório e a interposição dos recursos cabíveis, não se podendo falar, no caso, em "indução em erro" do magistrado. Logo, o chamado "estelionato judiciário" é conduta atípica. (STJ. 6ª Turma. REsp 1101914/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 06/03/2012).*

10.7. ESTELIONATO EM CONCURSO COM USO DE DOCUMENTO FALSO

Nos casos em o estelionato é acompanhando pelo uso de documento falso, haverá concurso de crimes. Há divergência, contudo, acerca será material ou formal. Vejamos:

1ª C (STJ): Responde pelos dois crimes em concurso MATERIAL.

Motivos: Os tipos penais protegem bens jurídicos diversos, além de o delito de falso se consumar anteriormente à consumação do estelionato. Como existem duas condutas produzindo dois resultados, trata-se de concurso material.

ATENÇÃO: O próprio STJ admite uma exceção a esse entendimento, Súmula 17. Exemplo: Uso de cheque falso. A folha é emitida para aquela situação, não tem mais como ser usada para outra. Ou seja, se o falso não se exaure no estelionato, o sujeito responde pelos dois crimes em concurso material. Exemplo: Uso de CPF ou cartão de crédito falso para obter vantagem ilícita em prejuízo alheio.

> *STJ Súmula 17 - Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.*

2ª C (STF): Responde pelos dois crimes em concurso FORMAL.

Motivos: Responde pelos dois, pois há bens jurídicos diversos. Concurso formal, pois há uma única conduta dividida em dois atos produzindo dois resultados. O uso do documento falso é apenas o meio utilizado para fraudar.

ATENÇÃO: O Supremo também aplica a Súmula 17 do STJ.

3ª C: Se o documento for público, o falso (por ser mais grave) absorve o estelionato (MINORIA), post factum impunível.

10.8. ESTELIONATO x APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Importante diferenciarmos o estelionato da apropriação indébita.

ESTELIONATO	APROPRIAÇÃO INDÉBITA
O dolo é antecedente à obtenção da vantagem.	O dolo é subsequente à posse da coisa.
A fraude é a causa da entrega da vantagem pela vítima.	A fraude, se existir, é para dissimular a posse da coisa.
Objeto material: Qualquer vantagem econômica.	Objeto material: Coisa alheia móvel.

10.9. SUJEITO ATIVO

É crime comum ou geral, pode ser praticado por qualquer pessoa.

Salienta-se que tanto a pessoa que emprega a fraude quanto a pessoa que beneficiada pela vantagem indevida serão sujeitos ativos do estelionato. Geralmente, serão a mesma pessoa, mas poderão ser pessoas distintas, o estelionato admite coautoria e participação.

10.10. SUJEITO PASSIVO

Poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica, será a pessoa enganada pela fraude e, também, a pessoa que suporta o prejuízo patrimonial.

A vítima deve ser determinada. Se a vítima for indeterminada, poderá tratar-se de crime contra a economia popular (Lei 1.521/51) ou crime contra a relação de consumo (CDC), por exemplo: adulteração de taxímetro (todos os clientes serão vítimas); adulteração de bomba de gasolina; adulteração de balança.

Além disso, a vítima enganada deve ser capaz, com capacidade de discernimento. Se for vítima incapaz, estaremos diante do crime do art. 173 do CP (abuso de incapazes).

> *Art. 173 - Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiros:*
> *Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.*

Não haverá estelionato nas fraudes que envolvam máquinas e aparelhos eletrônicos, a exemplo da clonagem de cartão de crédito, será crime de furto.

Por fim, a pena será aumentada em dobro quando o sujeito passivo for idoso.

10.11. ELEMENTO SUBJETIVO

O estelionato é crime doloso, não existe na modalidade culposa. Além do dolo, é acrescido da finalidade específica de locupletamento ilícito (vantagem econômica indevida).

10.12. CONSUMAÇÃO

Trata-se de crime material ou causal (a consumação depende da produção do resultado naturalístico) e de crime instantâneo (consuma-se em momento determinado, sem continuidade no tempo).

Além disso, é um crime de duplo resultado, tendo em vista que a consumação depende da obtenção da vantagem ilícita e do efetivo prejuízo à vítima.

10.13. TENTATIVA

É crime plurissubsistente, admite tentativa. Vejamos as suas hipóteses:

a) O agente emprega meio fraudulento, mas não consegue enganar a vítima;

b) O agente emprega o meio fraudulento, engana a vítima, mas não consegue obter a vantagem ilícita por circunstâncias alheias a sua vontade;

c) O agente emprega o meio fraudulento, engana a vítima, obtém a vantagem ilícita, mas não causa prejuízo patrimonial ao ofendido.

10.14. CRIME IMPOSSÍVEL

Estará caracterizado o crime impossível ou "crime oco" quando constatada a ineficácia absoluta do meio de execução, nos termos do art. 17 do CP.

Se o meio utilizado pelo fraudador não tiver NENHUMA aptidão para enganar a vítima (como no caso de uma nota de 03 reais), estaremos diante de crime impossível por absoluta ineficácia do meio utilizado.

Entretanto, se a falsificação, embora grosseira a ponto de não configurar o delito de falso, tiver aptidão para enganar a vítima, aplica-se a Súmula 73 do STJ, configurando-se o estelionato.

A competência, neste caso, será da justiça estadual.

> *STJ Súmula: 73 A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da justiça estadual.*

10.15. ESTELIONATO PRIVILEGIADO

Também chamado de estelionato mínimo, está previsto no §1º do art. 171 do CP. Observe:

> *Art. 171 (estelionato)*
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.*
> *§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.*
>
> *Art. 155 (furto mínimo)*
> *§ 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.*

FURTO PRIVILEGIADO OU MÍNIMO	ESTELIONATO PRIVILEGIADO OU MÍNIMO
REQUISITOS	**REQUISITOS**
Primariedade do agente;	Primariedade do agente;
Pequeno valor (01 salário) da coisa subtraída.	Pequeno valor (01 salário) do prejuízo (visto que não há subtração).

Destaca-se que as modalidades privilegiadas não afastam a possibilidade da aplicação do ***princípio da insignificância***, porém somente existirá quando se tratar de lesão ínfima (e não pequena) ao bem jurídico.

O privilégio também é aplicável às modalidades especiais de estelionato do §2º, porquanto a estes se aplicam "as mesmas penas do caput".

10.16. ESTELIONATO POR DISPOSIÇÃO DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA

10.16.1. Previsão legal

É chamado de "caridade com chapéu alheio", está previsto no art. 171, §2º, I do CP:

> *Art. 171, §2º*
> *I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;*

10.16.2. Sujeito ativo

Salvo o dono da coisa, poderá ser qualquer pessoa (crime comum).

10.16.3. Sujeito passivo

É crime de dupla subjetividade passiva, tendo em vista que os sujeitos passivos serão o adquirente de boa-fé e o real proprietário da coisa.

10.16.4. Núcleo do tipo

Vender, permutar, dar em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia.

É um rol de condutas TAXATIVO. O compromisso de compra e venda, por exemplo, não está abrangido no §2º. Configurará, no entanto, o delito do 'caput'.

10.16.5. Objeto material

Somente coisa alheia, móvel ou imóvel.

10.16.6. Consumação e tentativa

Consuma-se com a obtenção da vantagem e do prejuízo da vítima, é crime material de duplo resultado.

Admite-se a tentativa.

Se o adquirente é cientificado pelo alienante sobre a situação da coisa, não há que se falar em estelionato, pela falta de fraude.

Salienta-se que a tradição não é exigida para configurar o delito. Assim como também é dispensável a alteração da escritura, no caso de disposição de coisa imóvel. Inclusive, neste último caso, se ocorrer a alteração da escritura o agente responderá também pelo delito de falsidade documental (ignorar direito civil).

O furtador que vende o carro como se fosse dele, responde por estelionato (disposição de coisa alheia)?

1ªC: Prevalece que o estelionato é um 'post factum' impunível do furto. O juiz considera a conduta na fixação da pena.

2ªC: Assis Toledo e minoria: Como são vítimas diferentes, trata-se de concurso material de delitos.

Obs.: Efetivada a alienação, ainda que o agente regularize posteriormente o domínio (ex.: comprando a coisa do verdadeiro dono), o crime permanecerá. O juiz pode, no máximo, considerar como arrependimento posterior.

10.17. ESTELIONATO POR ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO FRAUDULENTA DE COISA PRÓPRIA

10.17.1. Previsão legal

Tipificado no art. 171, §2º, II do CP.

> *Art. 171, 2º*
> *II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;*

10.17.2. Sujeito ativo

É crime próprio, só pode ser praticado pelo proprietário da coisa.

10.17.3. Sujeito passivo

Adquirente de boa-fé.

10.17.4. Núcleo do tipo

Alienar fraudulentamente coisa própria. O crime só existe se o proprietário silencia quanto à existência das circunstâncias que gravam ou oneram o bem. Percebe-se que o meio fraudulento

aqui utilizado é o silêncio, pouco importando que o gravame do bem esteja averbado em Registro Público (o que no Direito Civil gera presunção de conhecimento).

Entretanto, se o alienante avisa sobre os gravames, não ocorrerá o crime pela falta de fraude (elemento constitutivo do tipo). Nesse caso, poderá configurar, no máximo, ilícito civil.

10.17.5. Objeto material

Coisa própria, móvel ou imóvel.

Exceção: No caso da promessa de compra e venda quebrada, o objeto material é bem imóvel, apenas.

10.17.6. Consumação

Crime material de duplo resultado, consuma-se com a obtenção da vantagem ilícita e com prejuízo à vítima.

10.18. ESTELIONATO POR DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR

10.18.1. Previsão legal

Está previsto no art. 171, §2º, III do CP.

> *Art. 171, §2º*
> *III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;*

10.18.2. Sujeito ativo

O devedor na posse direta da coisa empenhada (Proprietário da coisa) – o credor tem a posse indireta.

O pressuposto do crime é um contrato de penhor (direito real de garantia).

10.18.3. Sujeito passivo

Credor pignoratício.

Perceba, portanto, que é um crime bipróprio.

10.18.4. Núcleo do tipo

Defraudar a garantia.

Meios de execução: alienar a coisa sem consentimento do credor ou por outro modo defraudar a garantia (ex.: destruir a coisa), também sem o consentimento do credor (interpretação analógica).

10.18.5. Objeto material

Coisa empenhada na posse direta do devedor.

10.18.6. Consumação

PREVALECE que o crime é material, consumando-se com a defraudação da garantia, causando prejuízo ao credor (crime de duplo resultado). Há jurisprudência antiga afirmando que se trata de crime formal.

Não se exige aqui a obtenção de vantagem ilícita ao agente (exemplo do caso em que o devedor destrói a coisa empenhada).

ATENÇÃO!!

Defraudação de penhor - art. 171, §2º, III do CP.

- Coisa empenhada;

- Direito real de garantia.

Defraudação de penhora constitui crime !? (art. 179, CP?!)

- Coisa penhorada;

- Garantia da execução.

Resposta: Depende.

Se com a frustração da penhora o devedor ficou insolvente, crime do art. 179 do CP (fraude à execução);

> *Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.*

Se com a frustração da penhora o devedor continua solvente, mero ilícito civil (depositário infiel).

10.19. ESTELIONATO POR FRAUDE DE ENTREGA DA COISA

10.19.1. Previsão legal

> *Art. 171, 2º*
> *IV - defrauda substância* (natureza da coisa. Ex.: substituir diamantes por vidro), *qualidade* (atributo da coisa. Ex.: entregar arroz de segunda como se fosse de primeira) *ou quantidade* (relacionada a números. Ex.: o agente entrega menos do que está obrigado) *de coisa que deve entregar a alguém*

10.19.2. Sujeito ativo

Pessoa juridicamente obrigada a entregar a coisa a alguém.

10.19.3. Sujeito passivo

Pessoa prejudicada com a defraudação da coisa.

10.19.4. Núcleo do tipo

Defraudar (alterar, adulterar, modificar etc.) a coisa a ser entregue.

A defraudação da coisa pode ocorrer em relação à sua substância (natureza da coisa - substituir diamantes por vidro), qualidade (atributo da coisa - entregar arroz de segunda como se fosse de primeira) ou quantidade (relacionada a peso, dimensão, número – o agente entrega menos do que está obrigado).

10.19.5. Objeto material

Coisa móvel ou imóvel.

10.19.6. Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetiva entrega da coisa defraudada, momento em que ocorre o prejuízo à vítima. Crime de duplo resultado.

OBS: Esse inciso não se aplica às fraudes no comércio. Quanto às fraudes no comércio, três tipos incriminadores podem ser aplicados, conforme o caso concreto: art. 175 do CP, CDC, Lei 8.137/90 (Ordem tributária).

10.20. ESTELIONATO POR RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO OU VALOR DE SEGURO

10.20.1. Previsão legal

> *Art. 171, 2º*
> *V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;*

Esse crime pressupõe um contrato de seguro vigente e válido. Se não for vigente ou válido, trata-se de crime impossível (crime oco) por absoluta impropriedade do objeto material do delito.

10.20.2. Sujeito ativo

É o segurado, trata-se de crime próprio. O beneficiário pode, EVENTUALMENTE, concorrer para o crime.

10.20.3. Sujeito passivo

É a seguradora, portanto, é um crime bipróprio.

10.20.4. Objeto material

Na primeira parte: Coisa própria do agente.

Na segunda parte: Corpo do agente.

10.20.5. Consumação

NÃO é crime material de duplo resultado. É **crime formal** (consumação antecipada), consumando-se com o emprego da fraude, independentemente da obtenção de vantagem pelo agente e prejuízo da seguradora.

Veja como **já foi cobrado**:

VUNESP TJ/SP (2018): O estelionato na modalidade fraude para recebimento de indenização do seguro, crime de atividade formal, prescinde, para a consumação, da obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio. Correto.

Caso o agente destrua deliberadamente seu próprio carro com o fim de receber o seguro e pleiteie essa indenização, estaremos diante de crime consumado, independentemente de o pedido indenizatório ser ou não atendido pela seguradora.

A admissibilidade da tentativa não é assunto pacífico. Mirabete, Rogério Greco e Noronha admitem, pois entendem ser possível o fracionamento de algumas condutas típicas.

10.21. ESTELIONATO POR FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE

10.21.1. Previsão legal

Art. 171, §2º
VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento (ex: encerrando a conta ou sustando o cheque).

10.21.2. Sujeito ativo

Emitente/Sacador do cheque.

Em relação a possibilidade de o endossante ser autor do crime, há duas correntes:

1ª C: PREVALECE que não se inclui o endossante, pois este não emite o título e não se admite analogia in malam partem (pode, no entanto, figurar como partícipe ou como autor do estelionato do caput). Nucci, Damásio, Mirabete, Greco.

2ª C: Inclui-se o endossante, pois a lei toma a expressão “emitir” no seu sentido amplo, abrangendo o endosso. Magalhães Noronha.

10.21.3. Sujeito passivo

Tomador/beneficiário do cheque, que pode ser qualquer pessoa.

10.21.4. Núcleo do tipo

Duas condutas puníveis:

- Emitir cheque sem fundos:

- Frustrar pagamento de cheque: ex.: encerrar conta; sustar o cheque.

Em ambas as condutas, a presença da má-fé do emitente é imprescindível. Nesse sentido:

> *SÚMULA 246 DO STF - comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.*

10.21.5. Tipo subjetivo

Somente responde pelo delito aquele que intencionalmente emite cheque sem provisão de fundos ou intencionalmente frustra seu pagamento, com a finalidade específica de obter vantagem indevida. Não se pune a forma culposa (descuido, falta de organização das contas etc.).

Em regra, a emissão de cheque pré-datado (pós-datado) não configura crime, mas mero ilícito civil, pois a cártula, aos olhos do direito penal, deixou de ser ordem de pagamento à vista, revestindo-se de mera garantia de crédito. Contudo, se a emissão do cheque pós-datado for fraudulenta, vale dizer, com o objetivo de locupletamento ilícito, estaremos diante do estelionato do art. 171, caput.

No que tange ao cheque sem fundos, a reparação do dano realizada ANTES do recebimento da denúncia obsta a ação penal (Súmula 554 do STF a contrário sensu). É causa supralegal de extinção da punibilidade.

> *STF SÚMULA 554 - o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.*

A jurisprudência afirma que a Súmula 554 do STF aplica-se unicamente para o crime de estelionato na modalidade de emissão de cheque sem fundos (art. 171, § 2º, VI). Assim, a referida súmula não se aplica ao estelionato no seu tipo fundamental (art. 171, caput). Dessa forma, não configura óbice ao prosseguimento da ação penal — mas sim causa de diminuição de pena (art. 16 do CP) — o ressarcimento integral e voluntário, antes do recebimento da denúncia, do dano decorrente de estelionato praticado mediante a emissão de cheque furtado sem provisão de fundos.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE TJ/BA (2019): No delito de estelionato na modalidade fraude mediante o pagamento em cheque, a realização do pagamento do valor relativo ao título até o recebimento da denúncia impede o prosseguimento da ação penal. Correto, é o que se infere da leitura a contrário sensu da Súmula 554-STF.

VUNESP TJ/SP (2018): O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, antes do recebimento da denúncia, não obsta a propositura da ação penal. Errado, a súmula 554 do STF, informa que o pagamento do cheque após o recebimento da denúncia não obsta o prosseguimento da ação penal. Assim, numa leitura a contrário sensu, entendem a doutrina e a jurisprudência que o pagamento do cheque antes do recebimento da denúncia, obsta o prosseguimento da ação penal, sendo causa de extinção da punibilidade.

10.21.6. Consumação

O delito consuma-se quando o banco sacado se recusa a realizar o pagamento, seja por falta de fundos ou pela sustação do título. Não se aplica o art. 70 do CPP (crime de duplo resultado) e sim as Súmulas 521 do STF e 244 do STJ.

> *CPP Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.*

> *STJ Súmula nº 244 - Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.*

> *STF Súmula 521 o foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.*

NÃO CONFUNDIR com a Súmula 48 do STJ, que se refere ao crime de falsificação documental.

> *STJ Súmula 48 Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante FALSIFICAÇÃO de cheque.*

Observações finais:

- Apesar de a súmula só se referir a uma modalidade de estelionato na emissão de cheque, temos jurisprudência estendendo também para a outra – frustrar pagamento.
- Emitir cheque e depois encerrar a conta = Frustrar pagamento (art. 171, §2º, VI). Aplica-se a súmula 554 do STF (causa de exclusão do crime).
- Encerrar a conta e depois emitir cheque = Estelionato do art. 171, caput. Não se aplica a Súmula 554 do STF, mas sim o art. 16 (arrependimento posterior).
- Não configura estelionato a emissão de cheque sem fundos para pagar dívida de jogo, pois se trata de dívida não exigível, nos termos do art. 814 do Código Civil. Entretanto, se o cheque sem fundos serviu como pagamento de uma indevida vantagem obtida pelo jogador trapaceiro, nesse caso há estelionato, uma vez que essa dívida é exigível.

10.22. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

Está previsto no art. 171, §3º do CP, configura uma causa de aumento de pena.

> *Art. 171, § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.*

Importante consignar que o estelionato previdenciário poderá ser:

- Um crime permanente – o próprio beneficiário implemente a fraude. A prescrição só corre quando cessada a permanência.
- Um crime instantâneo de efeitos permanentes – a pessoa praticada fraude para que um terceiro obtenha a vantagem ilícita. A prescrição corre a partir da consumação.

Veja como **já foi cobrado**:

VUNESP TJ/SP (2018) - A pena aumenta-se de 1/3 (um terço), se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, excluindo-se entidades autárquicas da Previdência Social que são regidas por lei própria. Errado, não há exceção para a aplicação da causa de aumento especial às autarquias da Previdência Social, estando estas abrangidas no §3° do art. 171 do CP.

TRF3 (2018) - José da Silva, réu primário e com condenações criminais anteriores, porém sem trânsito em julgado, confesso, cometeu crime de estelionato contra a Previdência Social, causando prejuízos significativos à autarquia, sendo condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime inicial aberto. Com base nessas informações, é CORRETO afirmar A causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal é aplicável ao caso por se tratar o ofendido de entidade de direito público, sendo a fração de aumento sempre fixa, em 1/3 (um terço). Correto!

FCC DPE/AP (2018): No estelionato contra o INSS, o terceiro não beneficiário pratica delito instantâneo de efeitos permanentes, e por isso o prazo prescricional começa a fluir da percepção da primeira prestação do benefício indevido. Correto!

10.23. ESTELIONATO CONTRA IDOSO

A Lei nº 13.228/2015, alterou o Código Penal para estabelecer causa de aumento de pena para o caso de estelionato cometido contra idoso.

> *Art. 171, § 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.*

10.23.1. Idoso

Idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º da Lei nº 10.741/2003).

Para que incida essa causa de aumento, é indispensável que o agente saiba que a vítima é idosa. Se o agente desconhecer essa circunstância, ele responderá por estelionato na modalidade fundamental (art. 171, caput).

Importante esclarecer que o agente não precisa conhecer formalmente a condição de idosa da vítima, incidindo a causa de aumento quando isso for evidente. Assim, se o aspecto físico da vítima indicar claramente que se trata de pessoa idosa, não será admissível que o autor do delito alegue que não sabia dessa condição.

Cuidado para não confundir com o crime do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003)

Se o agente induz pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente, neste caso ele comete o crime do art. 106 do Estatuto do Idoso (e não o estelionato). Veja:

> *Art. 106. Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente:*
> *Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*

10.23.2. Natureza jurídica

Consiste em causa de aumento de pena (é aplicada na 3ª fase da dosimetria da pena).

10.23.3. Aplicabilidade

A majorante do § 4º é aplicável não apenas para a modalidade fundamental do estelionato (caput) como também para as figuras equiparadas do § 2º do art. 171.

10.24. AÇÃO PENAL

Tradicionalmente, o estelionato e suas figuras equiparadas sempre foram crime de ação penal pública incondicionada. Com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, o estelionato passou a ser, em regra, crime de ação pública condicionada à representação, salvo se a vítima for:

- A Administração Pública (direta ou indireta);
- Criança e adolescente;
- Pessoa com deficiência mental;
- Maior de 70 anos ou incapaz.

> *Art. 171, § 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *I - a Administração Pública, direta ou indireta;*
> *II - criança ou adolescente;*
> *III - pessoa com deficiência mental; ou*
> *IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.*

A mudança na ação penal do crime de estelionato, promovida pela Lei 13.964/2019, retroage para alcançar os processos penais que já estavam em curso? Mesmo que já houvesse denúncia oferecida, será necessário intimar a vítima para que ela manifeste interesse na continuidade do processo?[11]

1ª CORRENTE: NÃO	2ª CORRENTE: SIM
A retroatividade da representação prevista no § 5º do art. 171 do CP deve se restringir à fase policial.	A retroatividade da representação prevista § 5º do art. 171 alcança todos os processos em curso.
A exigência de representação no crime de estelionato, trazida pelo Pacote Anticrime, não afeta os processos que já estavam em curso quando entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019. Assim, se já havia denúncia oferecida quando entrou em vigor a nova Lei, não será necessária representação do ofendido.	A exigência de representação no crime de estelionato, trazida pelo Pacote Anticrime, afeta não apenas os inquéritos, mas também os processos em curso, desde que ainda não tenham transitado em julgado. Assim, mesmo que já houvesse denúncia oferecida quando a Lei entrou em vigor, o juiz deverá intimar a vítima para manifestar interesse na continuidade da persecução penal, no prazo de 30 dias, sob pena de decadência

11 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2983e3047c0c730d3b7c022584717f3f?categoria=11&subcategoria=106

O novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.	As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do CPP, são de natureza mista. Logo, são regidas pelos princípios da retroatividade e da ultratividade benéficas ao réu. Isso porque disciplinam o exercício da pretensão punitiva. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Deve-se aplicar, por analogia, a regra do art. 91 da Lei nº 9.099/95: Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.
STJ. 5ª Turma. HC 573.093-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 09/06/2020 (Info 674). STF. 2ª Turma. ARE 1230095 AgR, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 24/08/2020.	STJ. 6ª Turma. HC 583.837/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 04/08/2020

11. RECEPTAÇÃO

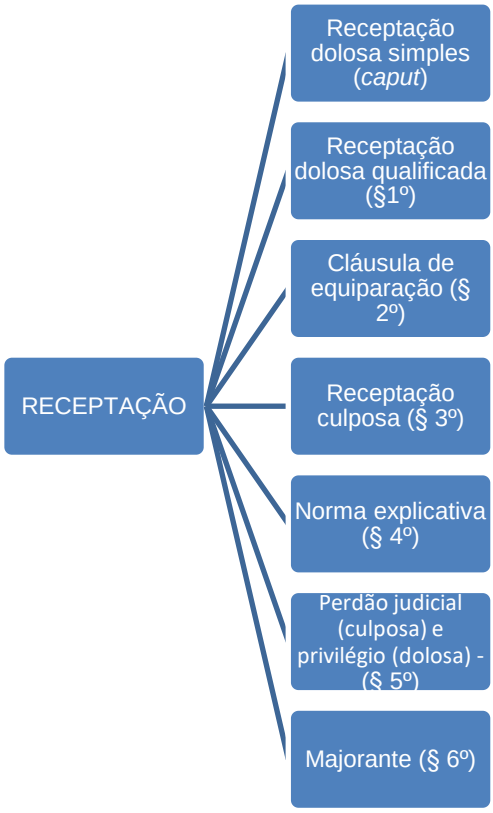
11.1. PREVISÃO LEGAL

O crime de receptação está tipificado no art. 180 do CP.

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime (receptação própria)*, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte* (receptação imprópria)*:* (receptação dolosa simples)
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: (receptação qualificada)
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.
§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência. (cláusula de equiparação)

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (receptação culposa)
Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas **(IMPO: suspensão condicional do processo e transação penal)**.
§ 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. (norma explicativa)
§ 5º - Na hipótese do § 3º (receptação CULPOSA), *se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação DOLOSA aplica-se o disposto no § 2º do art. 155. (*na receptação culposa- pode-se aplicar perdão judicial / na receptação dolosa - pode-se aplicar a mesma coisa do 'furto mínimo', privilegiadora)
§ 6o Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.. (majorante)

11.2. TOPOGRAFIA



11.3. PONTOS COMUNS A TODAS AS ESPÉCIES DE RECEPTAÇÃO

11.3.1. Objetividade jurídica

Em todas as suas formas, a receptação é crime contra o patrimônio.

Magalhães Noronha ensina que o delito de receptação protege, secundariamente, a Administração da Justiça, que, sem dúvida, tem sua atuação embaraçada pela ação do receptador (quanto mais a 'res furtiva' se distancia da vítima, mais dificilmente ocorrerá sua recuperação).

11.3.2. Ação penal

Será pública incondicionada.

11.4. RECEPTAÇÃO PRÓPRIA

11.4.1. Previsão legal e considerações

A receptação dolosa simples própria encontra-se prevista na primeira parte do *caput* do art. 180, do CP:

> *Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime (...)*
> *Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.*

É crime de médio potencial ofensivo, sendo possível a suspensão condicional do processo.

Salienta-se que a receptação é classificada pela doutrina como um crime acessório, de fusão ou parasitário, tendo em vista que depende da prática de um crime anterior. Isso ocorre porque a coisa deve ser produto de crime. Logo, não haverá receptação quando a coisa é produto de contravenção penal.

11.4.2. Autonomia da receptação

O §4º do art. 180 do CP traz uma norma penal explicativa ou complementar, referindo-se à autonomia da receptação.

> *Art. 180, § 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.*

A punibilidade da receptação é AUTÔNOMA, independe da punição ao autor do crime antecedente. Contudo, trata-se de autonomia relativa, uma vez que é necessária a prova da existência do crime antecedente, não se exige prova de autoria ou de eventual condenação.

Veja como **já foi cobrado**:

VUNESP TJ/SP (2018): A absolvição pelo crime pressuposto da receptação impede a condenação do receptador quando não existir prova de ele ter concorrido para a infração penal, ficar provada a inexistência do fato, não houver prova da existência do fato, não constituir o fato infração penal ou existir circunstância que exclua o crime. Errado!

O art. 180, §4º do CP é um dos argumentos mais utilizados para quem defende que o crime é bipartite, ou seja, fato típico e ilícito, em razão da expressão "isento de pena" (exclusão da culpabilidade).

11.4.3. Natureza jurídica: receptação e crime antecedente

A receptação é crime contra o patrimônio. Entretanto, o crime antecedente poderá ser de qualquer natureza, a exemplo de coisa produto de contrabando, de falsificação, de furto.

11.4.4. Punibilidade

A pena da receptação é de reclusão de 1 a 4 anos e multa, independente do crime antecedente. Em razão disso, surgem algumas críticas, defende-se que a pena da receptação deveria ser a mesma do crime antecedente.

11.4.5. Receptação da receptação

Também chamada de receptação em cadeia, ocorre quando o crime antecedente for outra receptação. Basta que o agente saiba que a coisa é produto de crime.

11.4.6. Receptação e extinção da punibilidade do crime anterior

A extinção da punibilidade no crime antecedente, por exemplo por eventual prescrição, não exclui o crime de receptação. Basta saber que a coisa é produto de crime.

Nesse sentido, a primeira parte do art. 108 do CP.

> *Art. 108 - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.*

Há, contudo, duas exceções (haverá exclusão do crime de receptação), a anistia e a *abolitio criminis*, tendo em vista que são concedidas por lei e que apagam o próprio crime anterior.

11.4.7. Objeto material

É a coisa produto de crime (sentido estrito). Logo, não haverá quando a coisa for produto de contravenção penal.

Apesar de o tipo penal não mencionar, a coisa deve ser alheia (elementar implícita do crime de receptação).

Indaga-se: ***é possível a receptação bem imóvel?*** Não há consenso na doutrina.

1ª C – Da simples leitura do tipo percebe-se que o legislador não limitou o objeto material à coisa móvel, sendo possível o crime quando a coisa é imóvel (Fragoso). Ex.: Venda de apartamento produto de estelionato.

2ª C (PREVALECE) – NÃO. O significado léxico da palavra receptação indica que a coisa deve ser capaz de ser deslocada, não abrangendo objeto imóvel (Hungria).

Produto de crime é a coisa direta (brinco de ouro roubado) ou indiretamente (anel de ouro que foi feito com o ouro derretido de um brinco roubado) obtida em razão da conduta criminosa. Além disso, não haverá receptação quando a conduta recai sobre o preço ou sobre o instrumento do crime.

Destaca-se que há um conflito aparente de normas, tratando-se de moeda falsa como produto de crime, em razão do Princípio da Especialidade, aplica-se o art. 289, §1º do CP.

> *Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:*
> *Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.*
> *§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, **adquire**, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.*

O art. 180, §6º do CP prevê uma causa de aumento pela natureza do objeto material, aplicada apenas para a receptação simples, seja ela própria ou imprópria. Importante consignar que há doutrina que entende tratar-se de uma qualificadora. Além disso, o dolo do agente, aqui, deve ser maior, eis que não basta saber que a coisa é produto de crime, deve saber que o crime foi praticado contra as entendidas mencionadas no dispositivo legal.

> *Art. 180, § 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo.*

Por fim, salienta-se que no delito de receptação, os bens pertencentes aos Correios (ECT) recebem o mesmo tratamento que os da União e, por isso, caso a receptação envolva tais bens, é cabível a majoração da pena prevista no § 6º do art. 180 do CP.

11.4.8. Núcleos do tipo

A receptação é um tipo misto alternativo, também chamado de crime de ação múltipla ou crime de conteúdo variado, tendo em vista que seu tipo penal possui cinco núcleos, mas se o agente praticar dois ou mais núcleos contra o mesmo objeto material haverá um único crime.

Por exemplo, o agente adquire um carro produto de roubo, oculta o bem em sua residência e, após um tempo, passa a conduzir o veículo. Responderá por uma único delito de receptação.

NÚCLEOS DO TIPO	
ADQUIRIR	É obter a propriedade de um bem, a título oneroso (compra e venda) ou gratuito (doação).
RECEBER	É entrar na posse do bem. Por exemplo, o agente pede emprestado um carro que sabe ser produto de crime.
TRANSPORTAR	É levar a coisa para outro local. Por exemplo, o agente transporta uma bicicleta em seu caminhão, que sabe ser produto de crime.
CONDUZIR	É dirigir um veículo automotor ou não para outro local. Por exemplo, dirige uma moto furtada.
OCULTAR	É esconder. O agente coloca a coisa em um local que não possa ser encontrada por terceiros.

Em todas as condutas o agente visa um proveito próprio ou alheio.

RECEPTAÇÃO (ART. 180)	FAVORECIMENTO REAL (ART. 349)
O agente oculta a coisa em *proveito próprio ou de terceiros* (diferente do autor do crime antecedente)	O agente oculta a coisa *em proveito do autor do crime antecedente*.
Crime contra o patrimônio	Crime contra a administração da justiça.

Não confunda a receptação na modalidade ocultar com o favorecimento real. Observe:

11.4.9. Sujeito ativo

Por ser crime comum ou geral, pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que não esteja envolvida com o crime antecedente. Logo, o autor, o coautor e o partícipe do crime antecedente só irão responder por ele, e não por receptação (*post factum* impunível).

Indaga-se: ***é possível a prática de receptação por advogados?*** Sim, não possuem nenhuma imunidade para a receptação. Caso o recebimento de honorários ocorra com produto de crime, sabendo dessa condição, responderá por receptação.

11.4.10. Sujeito passivo

Será o mesmo sujeito passivo do crime antecedente.

11.4.11. Elemento subjetivo

É o dolo direito, tendo em vista que o tipo penal exige que o agente saiba que a coisa é produto de crime. Logo, não tendo certeza da origem ilícita, o agente responde, no máximo, pela receptação culposa.

Há, ainda, um elemento subjetivo específico: “em proveito próprio ou alheio”.

Por fim, o dolo superveniente não configura o crime. A má-fé tem que ser precedente ou contemporânea a qualquer das condutas previstas no tipo.

11.4.12. Consumação e tentativa

A consumação depende do resultado naturalístico (crime material), ocorrerá quando o agente:

- Adquire
- Recebe

→ CRIME INSTANTÂNEO

- Transporta
- Conduz

→ CRIME PERMANENTE

- Oculta

É perfeitamente possível a tentativa, em qualquer de seus núcleos.

11.5. RECEPTAÇÃO IMPRÓPRIA

11.5.1. Previsão legal e consideração

A receptação imprópria, modalidade de receptação dolosa simples, está prevista na parte final do *caput* do art. 180 do CP. Vejamos:

> *Art. 180 (...) **ou influir** para que **terceiro, de boa-fé**, a adquira, receba ou oculte:*
> *Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.*

11.5.2. Núcleo do tipo

É "influir", ou seja, influenciar/convencer o terceiro de boa-fé para que receba ou adquira um produto de crime.

O agente será o intermediário da transação ilícita, não podendo ter qualquer envolvimento com o crime anterior. Por exemplo, "A" oferece para "B" um relógio que produto de crime, que fica desconfiado pelo valor. "C" convence "B", que estava de boa-fé, a comprar.

Salienta-se que se o terceiro não estiver de boa-fé, ele responderá por receptação própria. Nesse caso, o intermediário será partícipe da receptação própria (induz o terceiro a praticar o crime).

Obs.: Tanto na receptação PRÓPRIA quanto na IMPRÓPRIA, é indispensável que o agente tenha conhecimento da origem criminosa da res.

11.5.3. Consumação e tentativa

É crime formal, consuma-se com o ato de influir para que terceiro de boa-fé adquira a coisa. Logo, o fato de o terceiro efetivamente adquirir, receber ou ocultar a coisa é mero exaurimento.

Em relação à tentativa, prevalece que não é possível por ser crime unissubsistente. Contudo, parte da doutrina entende ser possível a tentativa de influenciar, quando, após o início da execução, o agente é impedido pela polícia que já acompanhava seus crimes.

11.6. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL OU INDUSTRIAL

11.6.1. Previsão legal e considerações

Encontra-se prevista no art. 180, §1º, do CP, *in verbis*:

> *Art. 180, § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:*
> *Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.*

Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, não admitindo nenhum dos benefícios da Lei 9.099/95.

Salienta-se que §1º foi incluído pela Lei 9.426/96, visou, sobretudo, a punir e combater o comércio clandestino de peças de veículo automotor roubados e furtados. Apesar de ser chamado de qualificadora, a doutrina considera um delito autônomo, em razão dos sete núcleos novos que não estão previstos no *caput*.

11.6.2. Núcleos do tipo

Além dos cinco núcleos que já estudamos (adquirir, receber, transportar, conduzir e ocultar), pune-se a conduta de quem monta, desmonta, remonta, vende, expõe à venda ou utiliza de qualquer forma.

É crime misto alternativo, assim a prática de dois ou mais núcleos contra o mesmo objeto material caracteriza um único crime.

11.6.3. Sujeito ativo

O crime de receptação qualificada é crime próprio ou especial, só pode ser praticado por quem está no exercício de atividade comercial ou industrial.

O §2º do art. 180, do CP é uma norma penal explicativa, destaca o que será atividade comercial. Embora não se exija formalidade, é necessário que haja habitualidade.

> *§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência*

11.6.4. Elemento subjetivo

Somente é punido a título de dolo, exigindo-se a finalidade especial de proveito próprio de terceiro.

O tipo penal usa a expressão “coisa que DEVE SABER ser produto de crime”, a terminologia gera divergência na doutrina.

1ª C: Está abrangido somente o DOLO EVENTUAL. O dolo direto se subsumi ao ‘caput’. Ou seja, o dolo direto é punido menos gravemente que o dolo eventual. Assim, a pena do §1º é inconstitucional, pois fere a proporcionalidade.

2ª C (PREVALECE): Estão abrangidos dolo eventual (explicitamente) e dolo direto (implicitamente). O STF entende que o dispositivo é constitucional.

> *O objetivo do legislador ao criar a figura típica da receptação qualificada foi justamente a de punir de forma mais gravosa o comerciante ou industrial que, em razão do exercício de sua atividade, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1°, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infraestrutura que lhe favorece. O crime foi qualificado pelo legislador em razão da condição do agente que, por sua atividade*

profissional, merece ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta. STF. 1ª Turma. RHC 117143/RS, rel. Min. Rosa Weber, 25/6/2013 (Info 712).

11.7. RECEPTAÇÃO PRIVILEGIADA

11.7.1. Previsão legal e considerações

Consagrada na parte final do §5º do art. 180 do CP, também chamada de receptação mínima. Vejamos:

> *Art. 180, §5º (...) Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.*

11.7.2. Requisitos

A coisa deve ser de pequeno valor (não ultrapassar o valor de um salário mínimo) e o agente deve ser primário.

11.7.3. Efeitos do privilégio

Preenchidos os requisitos legais vistos acima, o juiz DEVE aplicar a causa de diminuição de pena (trata-se de um direito subjetivo do réu). Podendo optar pelos seguintes efeitos:

a) Substituir a pena de reclusão pela pena de detenção

b) Diminuir a pena de um a dois terços

c) Aplicar somente pena de multa

Os dois primeiros efeitos são compatíveis entre si, assim será possível que o juiz substitua a pena de reclusão pela pena de detenção e, depois, diminua de um a dois terços.

11.7.4. Aplicabilidade

Aplica-se apenas para a receptação dolosa simples e qualificada, em razão da posição geografia, bem como em razão da admissibilidade do furto privilegiado-qualificado.

11.8. RECEPTAÇÃO CULPOSA

11.8.1. Previsão legal e considerações

Está prevista no §3º do art. 180 do CP. Observe:

> *Art. 180, § 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:*
> *Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.*

Perceba que a receptação é o único crime contra o patrimônio que admite a forma culposa. Trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo, admite a aplicação de transação penal, a competência será do JECrim.

11.8.2. Tipo penal fechado

Os crimes culposos estão previstos em tipos penais abertos. Contudo, a receptação dolosa está prevista em tipo penal fechado, tendo em vista que o próprio tipo define a conduta a ser considerada negligente, imprudente ou imperita.

11.8.3. Dolo eventual e receptação culposa

Como vimos, a receptação simples (art. 180, *caput*) é possível apenas a título de dolo direto. Logo, se o agente praticar a conduta do *caput* com dolo eventual irá responder por receptação culposa.

11.8.4. Núcleos do tipo

Há apenas dois núcleos: adquirir (obter a propriedade do bem onerosa ou gratuitamente) e receber (entrar na posse do bem).

Destaca-se que a conduta de "ocultar" é indicativa de dolo direito. Não é possível ocultar algo culposamente.

11.8.5. Hipóteses

Três circunstâncias geram a presunção de coisa obtida por meio criminoso:

a) Natureza da coisa

Há coisas, por exemplo, que exigem um procedimento formal para serem adquiridas, a exemplo de um carro. Assim, não sendo respeitadas as formalidade, pelo menos, o agente está incorrendo em culpa.

b) Desproporção entre valor e preço

Refere-se ao valor real da coisa e o preço efetivamente pago pelo agente, deve ser uma desproporção significativa. É demostrada por um auto de avaliação.

c) Condição de quem oferece

Por exemplo, usuário compulsivo de drogas oferece um relógio.

11.8.6. Perdão judicial

A receptação culposa (não se admite na receptação dolosa), conforma primeira parte do §5º, do art. 180 do CP, admite o perdão judicial.

> *Art. 180, § 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. (...)*

São exigidos dois requisitos cumulativos: primariedade do agente e as circunstâncias do caso concreto devem indicar que o delito não se reveste de especial gravidade, por exemplo a receptação dolosa de uma bicicleta.

12. RECEPTAÇÃO DE ANIMAIS

12.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O delito de receptação de animal foi introduzido pela Lei 13.330/2016 ao CP, que passa a contar com o art. 180-A.

> *Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime: (Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

A finalidade do legislador foi punir mais severamente o furto e a receptação de animal semovente.

12.2. NÚCLEO DO TIPO

O art. 180-A pune aquele que adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, tem em depósito ou vende semovente domesticável de produção, mesmo que não tenha sido abatido ou divido em partes.

Destaca-se que o art. 180-A abrange dois setores:

a) Setor primário: produção (agropecuarista). Aqui, realmente, houve agravamento de pena.

b) Setor terciário: comercialização. Aqui, a lei acabou sendo mais benéfica. Por isso, irá retroagir para alcançar os fatos pretéritos.

12.3. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo (direito ou eventual), com a finalidade específica de comercialização ou de produção, que deve saber produto de crime.

13. DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

13.1. IMUNIDADES PATRIMONIAIS ABSOLUTAS - ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS

13.1.1. Previsão legal e considerações

Estão previstas no art. 181 do CP.

> *Art. 181 - É ISENTO de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*
> *I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;*
> *II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.*

Em relação à natureza jurídica, há divergência:

1ªC (PREVALECE): causa de EXTINÇÃO da punibilidade: o que quer dizer que em algum momento essas condutas foram passíveis de punição, vindo a ser posteriormente extinta a punibilidade.

2ªC: causa de EXCLUSÃO da punibilidade: impede o próprio surgimento da punibilidade do agente.

13.1.2. Crime cometido contra cônjuge

Abrange o convivente (analogia *in bonam partem*), inclusive homossexual. Aplica-se o benefício mesmo no caso de separação de fato.

13.1.3. Crime cometido contra ascendente ou descendente

Salienta-se que não abrange irmãos (caso de imunidade relativa) e não abrange outros parentes colaterais ou por afinidade.

13.2. IMUNIDADES PATRIMONIAIS RELATIVAS - ESCUSAS RELATIVAS

13.2.1. Previsão legal

Encontram-se no art. 182 do CP. Observe:

> *Art. 182 - Somente se procede mediante REPRESENTAÇÃO, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:*
> *I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;*
> *II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;*
> *III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.*

Essa “escusa” garante a transformação da ação penal pública incondicionada em ação penal condicionada à representação da vítima.

Bitencourt critica a expressão “imunidade”, pois, a rigor, não existe qualquer imunidade. O agente responderá igualmente pelo delito.

A doutrina processual penal chama esta ação penal de “AÇÃO PENAL SECUNDÁRIA”. Ocorre quando as circunstâncias do caso concreto fazem variar a modalidade de ação penal a ser ajuizada. Outro exemplo: crimes contra a honra.

13.2.2. Crime cometido contra cônjuge separado judicialmente

Se já divorciados, não se aplica o benefício. Além disso, se apenas separados de fato, aplica-se a escusa absolutória do art. 181.

13.2.3. Crime cometido contra irmão

Abrange irmão, legítimo ou ilegítimo.

13.2.4. Crime cometido contra tio ou sobrinho com quem o agente coabita

O agente deve coabitar com o tio ou sobrinho. Entretanto, o crime não precisa ser realizado sob o teto da coabitação.

13.3. INAPLICABILIDADE

> *Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:*
> *I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;*
> *II - ao estranho que participa do crime.*
> *III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.*

Destaca-se que a violência contra a coisa NÃO impede a imunidade. É o único dispositivo que o legislador lembrou o idoso com idade igual a 60 anos.

Coaduna com o Estatuto do Idoso:

> *EI Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.*

13.4. LEI MARIA DA PENHA

> *Art. 7º, IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;*

A partir do momento em que a Lei considera a violência patrimonial uma forma de violência doméstica contra a mulher, estaria revogada a imunidade do CP?

Maria Berenice: A Lei Maria da Penha inviabilizou as imunidades dos arts. 181 e 182 quando o crime é praticado contra a mulher no ambiente doméstico e familiar. Ou seja, marido que furta esposa não está isento de pena. Cléber Masson concorda.

Doutrina majoritária: As escusas absolutórias dos crimes contra o patrimônio cometidos contra familiares subsistem, não houve disposição legal em sentido contrário (como fez o Estatuto do Idoso). Qualquer entendimento diverso seria analogia in malam partem.

EI Art. 95. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 (imunidades absolutas) e 182 (imunidades relativas) do Código Penal.

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no Capítulo VI do Código Penal, sofreram profundas alterações promovidas pela Lei 12.015/2009.

ANTES DA LEI 12.015/09	DEPOIS DA LEI 12.015/09
'Dos crimes contra os costumes' Costumes: Moralidade sexual pública. A doutrina criticava essa expressão, por dar a ideia de ser a sociedade mais atingida que a própria vítima.	'Dos crimes contra a dignidade sexual' – desdobramento da dignidade da pessoa humana. Toda pessoa possui o direito de escolher o seu parceiro sexual e de praticar com ele a relação sexual que quiser e no momento que quiser. Inclusive, o direito de não ter relação sexual.

2. ESTUPRO

2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O crime de estupro está disciplinado no art. 213 do CP. Vejamos:

> *Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:*
> *Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*
> *§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:*
> *Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.*
> *§ 2º Se da conduta resulta morte:*
> *Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos*

Na redação original, o Código Penal previa o crime de estupro (art. 213) e o crime de atentado violento ao pudor (art. 214). A Lei 12.015/2009 revogou formalmente o art. 214 do CP, mas não houve *abolitio criminis*, tendo em que o crime de atentado violento ao pudor continua existindo, agora disciplinado no art. 213 do CP. Perceba que não houve a revogação material do crime, é o que se chama de Princípio da Continuidade Normativo-típica.

Ressalta-se que o atendado violento ao pudor continua existindo como crime autônomo no Código Penal Militar (art. 233 do CPM).

> *Atentado violento ao pudor*
> *Art. 233. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

> *Pena - reclusão, de dois a seis anos, sem prejuízo da correspondente à violência.*

2.2. ESPÉCIES DE ESTUPRO

Há, art. 213 do CP, quatro modalidades de estupro:

a) Simples – *caput*

b) Qualificado pela lesão corporal de natureza grave – primeira parte do §1º

c) Qualificado pela idade da vítima, menor de 18 anos e maior de 14 anos – parte final do §1º

d) Qualificado pela morte da vítima - §2º

Além disso, o art. 217-A do CP prevê o estupro de vulnerável, ou seja, do menor de 14 anos, do portador de doença ou de enfermidade mental e da pessoa que por qualquer outro motivo é incapaz de oferecer resistência. Aqui, poderá ou não haver violência ou grave ameaça, eventual "consentimento" será juridicamente irrelevante.

2.3. ESTUPRO E LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

O estupro é crime hediondo em todas as suas modalidades, conforme prevê o art. 1º, V e VI da Lei de Crimes Hediondos.

> *Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados*
> *V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);*
> *VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);*

2.4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Trata-se de crime pluriofensivo, ou seja, ofende mais de um bem jurídico, são eles: a dignidade sexual (liberdade sexual), a integridade corporal (quando praticado com violência a pessoa) e a liberdade individual (se praticado com grave ameaça).

2.5. OBJETO MATERIAL

É a pessoa de qualquer sexo, de qualquer orientação sexual contra quem se dirige a conduta criminosa.

2.6. NÚCLEO DO TIPO

A conduta é "constranger", obrigar alguém a fazer algo sem a sua vontade.

O constrangimento no estupro não se confunde com o constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do CP.

ESTUPRO	CONSTRANGIMENTO ILEGAL
O constrangimento ilegal possui finalidade específica: conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.	O constrangimento esgota-se em si próprio. Por exemplo, o agente aponta uma arma e obriga a vítima a ficar olhando 1h para a parede.

Para constranger a vítima (meios de execução), o agente utiliza violência à pessoa (emprego de força física contra a vítima, mediante lesão corporal ou vias de fato) ou a grave ameaça (promessa de um mal grave e verossímil), com o intuito de praticar:

a) Conjunção carnal – cópula vagínica, ou seja, introdução total ou parcial do pênis na vagina. É um ato libidinoso por excelência.

b) Ato libidinoso – todo e qualquer ato revestido de conotação sexual, a exemplo do sexo oral, sexo anal, masturbação, toque na corpo.

c) Beijo lascivo – é o beijo destinado a satisfazer a volúpia sexual. É ato libidinoso, portanto, estupro quando cometido com violência ou grave ameaça.

   O STF, no julgamento do HC 134591 (Info 954), entendeu que homem que beijou criança de 5 anos de idade, colocando a língua no interior da boca (beijo lascivo) praticou estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), não sendo possível a desclassificação para a contravenção penal de molestamento (art. 65 do DL 3.668/41).

Além disso, pela redação do art. 213 do CP, percebemos que são tipificadas três condutas. Vejamos:

CONDUTAS TÍPICAS	
Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal.	Sujeitos ativo e passivo devem ser de **sexo opostos**.
Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar outro ato libidinoso. Obs.: a vítima possui comportamento ativo, por exemplo é obrigada a praticar sexo oral no agente.	Sujeitos ativo e passivo podem ser de **sexo opostos ou do mesmo sexo.**
Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Obs.: a vítima possui comportamento passivo, por exemplo é obrigada a receber sexo oral do agente	Sujeitos ativo e passivo podem ser de **sexo opostos ou do mesmo sexo.**

Na segunda e na terceira conduta é dispensável o contato físico de natureza sexual entre o agente e a vítima, basta o envolvimento corporal da vítima no ato libidinoso. Por exemplo, o agente aponta arma para vítima, obrigando-a a se automasturbar. Em razão disso, admite-se o chamado

"estupro virtual", caso em que, por exemplo, o agente ameaça o filho da vítima, obrigando-se a se masturbar por chamada de vídeo.

Não há estupro na chamada contemplação lasciva, caso em que o agente, mediante arma de fogo, manda a vítima retirar a rouba e fica contemplando a vítima (não há nenhum comportamento da vítima) e se masturbando. Igualmente, não haverá estupro quando o agente obriga a vítima a assistir uma atividade sexual dele próprio ou de terceiras pessoas, poderá configurar constrangimento ilegal (art. 146 do CP) e sendo a vítima vulnerável o art. 218-A.

Importante consignar que a prática de conjunção carnal e de outro ato libidinoso com a mesma vítima, praticados em diferente contexto fático, concurso de crimes. Por outro lado, surge divergência na doutrina, quando forem praticados no mesmo contexto fático, vejamos:

1ªC (PREVALECE) – Tipo misto alternativo: haverá um único crime de estupro com pluralidade de condutas, que irá interferir apenas na fixação da pena.

2ª C – Tipo misto cumulativo: haverá dois crimes de estupro (conjunção carnal e ato libidinoso).

Cleber Masson ressalta que não se trata de tipo misto (aquele que contém dois ou mais núcleos no tipo penal), tendo em vista que o crime de estupro possui apenas um núcleo ("constranger"). O correto seria um crime de condutas alternativas ou um crime de condutas cumulativas.

Veja como **já foi cobrado**:

FCC MPE/MP (2019): De acordo com o ordenamento jurídico e o posicionamento dos tribunais superiores sobre os crimes contra a dignidade sexual, o estupro (art. 213 do Código Penal), com redação dada pela Lei n° 12.015/2009, é tipo penal misto alternativo. Logo, se o agente, no mesmo contexto fático, pratica conjunção carnal e outro ato libidinoso contra uma só vítima, pratica um só crime do art. 213 do Código Penal. Correto!

2.7. SUJEITO ATIVO

O estupro é crime comum ou geral, portanto, pode ser praticado por qualquer pessoa (homem, mulher, transexual).

Perfeitamente possível o estupro no matrimonio, configurando, inclusive, como uma causa de aumento (art. 226, II do CP).

> *Art. 226. A pena é aumentada:*
> *II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão,* ***cônjuge, companheiro****, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;*

O estupro coletivo (inciso IV, "a") é cometido necessariamente com o concurso de 2 pessoas.

Veja como **já foi cobrado**:

FCC MPE/MT (2019): Segundo a legislação brasileira, o estupro coletivo é aquele praticado mediante concurso de três ou mais pessoas. Errado!

Como compatibilizá-lo com o inciso I do art. 226? Quando se aplica um ou o outro?

- Inciso IV, “a”: aplicado apenas para os casos de estupro (arts. 213 e 217-A do CP). Isso porque o nomen iuris da causa de aumento fala em “estupro coletivo” e “estupro corretivo”.

- Inciso I: aplicado para os casos demais crimes contra a dignidade sexual.

2.8. SUJEITO PASSIVO

Em regra, qualquer pessoa. Não há dúvidas de que é possível estupro contra transexuais, contra profissionais do sexo.

Perceba que o estupro, atualmente, é um crime bicomum. Já foi um crime biprόprio, tendo em vista que só poderia ser praticado por homem e que a vítima só poderia ser mulher.

IDADE DA VÍTIMA E SUAS CONDIÇÕES PESSOAIS	
Vítima com 18 anos e mais.	Estupro simples (art. 213, *caput*)
Vítima menor de 18 anos e maior de 14 anos.	Estupro qualificado (art. 213, §1º)
Vítima menor de 14 anos.	Estupro de vulnerável (art. 217-A)
Obs.: O agente que estupra a vítima no dia de seu aniversário de 14 anos, ainda não é maior de 14 anos e também não é menor de 14 anos, responderá por estupro simples, devido a falha legislativa. Rogério Grego entende que será estupro qualificado.	

Importante salientar que a vulnerabilidade da vítima configura o crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do CP (analisaremos abaixo).

2.9. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo de constranger para a finalidade específica de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso.

Não se admite a modalidade culposa.

A Lei nº 13.718/2018 acrescentou uma nova causa de aumento de pena punindo com mais rigor o estupro “corretivo”. Segundo Rogério Sanches, a majorante do estupro corretivo abrange, em regra, crimes contra mulheres lésbicas, bissexuais e transexuais, no qual o abusador quer “corrigir” a orientação sexual ou o gênero da vítima. A violação tem requintes de crueldade e é motivada por ódio e preconceito, justificando a nova causa de aumento. A violência é usada como um castigo pela negação da mulher à masculinidade do homem. Uma espécie doentia de ‘cura’ por meio do ato sexual à força. A característica desta forma criminosa é a pregação do agressor ao violentar a vítima. Os meios de comunicação indicam casos em que os agressores chegam a incitar a “penetração corretiva” em grupos das redes sociais e sites na internet (o que, isoladamente, pode caracterizar o crime do art. 218-C – apologia ou induzimento à prática do estupro – caso sejam veiculados fotografias ou registros audiovisuais).

2.10. CONSUMAÇÃO

O estupro é crime material ou causal (depende do resultado naturalístico), consuma-se com a prática dos atos de libidinagem.

Em relação à prova da autoria e da materialidade, admite-se qualquer meio. Não se exige perícia, embora possa ser realizada.

Obs.: A Síndrome da Mulher de Potifar recomenda uma especial atenção do juiz na palavra da vítima nos crimes sexuais, tendo em vista que a pessoa rejeitada por alguém possui a tendência de prejudicar quem a rejeitou.

2.11. TENTATIVA

É perfeitamente possível a tentativa, trata-se de crime plurissubsistente.

A ejaculação precoce, na conjunção carnal e no caso de caso anal, será considera uma hipótese de tentativa, segundo Cleber Masson. Caso, após a ejaculação precoce, pratique ato libidinoso diverso, haverá estupro consumado.

A disfunção erétil ou impotência *coeundi* impossibilita a ereção peniana, quando o ato envolver penetração, comprovada por perícia médica, acarreta crime impossível (em relação ao estupro), em razão da ineficácia absoluta do meio de execução. Nada impede, obviamente, que ocorra o estupro pela prática de outro ato libidinoso.

2.12. ESTUPRO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE

Está previsto na primeira parte do §1º do art. 213 do CP, inclui a lesão corporal grave e as formas de lesão corporal gravíssima.

> *§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos*
> *Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.*

Salienta-se que a lesão leve será absorvida pelo estupro, tendo em vista que possui a violência como seu meio de execução.

2.13. ESTUPRO QUALIFICADO PELA MORTE

Encontra-se disciplinado no art. 213, §2º do CP. A morte que qualifica o estupro é a da vítima. Logo, o agente que pratica homicídio para praticar estupro responde por homicídio qualificado pela conexão em concurso material com o estupro.

> *Art. 213, § 2º Se da conduta resulta morte:*
> *Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos*

Além disso, a consumação ocorre com a morte da vítima (produção do resultado agravador), ainda que o estupro, em si, não seja consumado.

A forma qualificada ***era*** e ***continua*** sendo **preterdolosa**, ou seja, dolo no estupro e culpa no resultado qualificador. Se o estuprador quis ou aceitou os resultados qualificadores, esqueça a qualificadora, responderá por concurso de crimes (estupro + homicídio/lesão).

Contudo, parte da doutrina sustenta que o resultado agravador pode ser produzido tanto pelo dolo quanto pela culpa.

3. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Também chamado de "estelionato sexual", encontra-se previsto no art. 215 do CP*, in verbis*:

> *Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.*
> *Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

Embora não permita nenhum benefício despenalizador, admite acordo de não persecução penal.

3.2. SUJEITO ATIVO

É crime comum, pode ser praticado qualquer pessoa.

Além disso, se o sujeito ativo é uma das pessoas do art. 226, II (relação de subordinação), a pena será majorada da metade. Se ocorre a situação do art. 226, I (concurso de agentes), aumenta-se de ¼.

3.3. SUJEITO PASSIVO

Pode ser qualquer pessoa. Não existe a qualificadora da idade da vítima prevista para o art. 213 (vítima menor de 18 e maior de 14).

Se a vítima tem menos de 14 anos, estará caracterizado o estupro de vulnerável.

3.4. NÚCLEO DO TIPO

Pune-se o estelionato sexual, caracterizado quando o agente, SEM emprego de violência ou grave ameaça, prática de atos de libidinagem com a vítima, mediante fraude ou outro meio que dificulte sua livre manifestação de vontade (esta última parte foi trazida pela lei 12.015/09).

Em relação aos meios de execução, exige-se a fraude ou outro meio que dificulte sua livre manifestação de vontade, a exemplo de irmãos gêmeos; ginecologista; baile de máscaras.

De acordo com a doutrina, o outro meio poderá ser:

a) Embriaguez moderada – se for completa a pessoa fica sem resistência, haverá estupro de vulnerável.

b) Temor reverencial – não chega a ser grave ameaça, mas dá sensação de medo na vítima.

Novamente, ressalta-se que a fraude (ou outro meio) utilizada na execução não pode anular a capacidade de resistência da vítima, caso em que estará configurado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, §1º). Assim, não comete estelionato sexual, mas estupro de vulnerável, o agente que usa psicotrópicos para vencer a resistência da vítima e com ela manter a conjunção carnal.

3.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, caracterizado pela vontade de praticar atos de libidinagem mediante fraude ou outro meio.

A Lei 12.015/09 trouxe novidade no parágrafo único, se o estelionatário sexual tiver a finalidade específica de obter vantagem econômica, aplicar-se-á também a pena de multa.

> *Art. 215*
> *Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

Exemplo: Falso pai de santo que exige dinheiro e sexo da vítima para sessão de descarrego.

3.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a prática dos atos de libidinagem.

Perfeitamente possível a tentativa, é crime plurissubsistente.

Antes da Lei, se a vítima da posse sexual mediante fraude fosse virgem, incidia uma qualificadora. A nova lei aboliu essa norma. Atualmente, a virgindade pode gerar, no máximo, circunstância judicial desfavorável.

4. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL[12]

12 Ponto retirado dos comentários do Prof. Rogério Sanches (http://meusitejuridico.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/), bem como do site Dizer o Direito (https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/ola-amigos-do-dizer-o-direito-lei-n-13.html)

4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O art. 215-A foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.715/2018. Vejamos sua redação:

> *Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).*

A importunação sexual possui pena de 1 a 5 anos de reclusão. Logo, classifica-se como infração de médio potencial ofensivo. Isso significa que é possível a concessão de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

4.2. SUJEITOS DO CRIME

É crime bicomum, ou seja, não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo (pode ser qualquer pessoa) e nem do sujeito passivo, pode vitimar qualquer pessoa.

Se a vítima for pessoa menor de 14 anos, a conduta poderá configurar o crime do art. 218-A do CP:

> *Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*
> *Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos*

Segundo o Prof. Márcio Cavalcante, a depender das peculiaridades do caso concreto, o fato pode até mesmo ser enquadrado como estupro de vulnerável. Veja esta situação analisada pelo STJ (com adaptações):

O homem convenceu uma criança de 10 anos a ir até o motel com ele. Chegando lá, o agente pediu que a garota ficasse nua na sua frente, tendo sido atendido. O simples fato de ver a menina nua já satisfez o sujeito que, após alguns minutos olhando a criança, determinou que ela vestisse novamente as roupas. Foram, então, embora do local sem que o agente tenha tocado na garota. A criança acabou contando o que se passou a seus pais e o sujeito foi denunciado pelo Ministério Público pela prática de estupro de vulnerável.

O STJ manteve a imputação:

> *A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587).*

4.3. NÚCLEO DO TIPO

Consiste em praticar (levar a efeito, fazer, realizar) ato libidinoso contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica (é o que diferencia do ato obsceno) a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação.

Segundo Rogério Sanches, o preceito secundário do art. 215-A contém subsidiariedade expressa: aplicam-se as penas da importunação sexual se a conduta não caracteriza crime mais grave. Por isso, a falta de anuência da vítima não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento, que aqui deve ser compreendido no sentido próprio que lhe confere o tipo do estupro – obrigar alguém à prática de ato de libidinagem –, não no sentido usual, de mal-estar, de situação embaraçosa, ínsita ao próprio tipo do art. 215-A e um de seus fundamentos.

Veja como **já foi cobrado**:

VUNESP TJ/RO (2019): Tícia, de 16 anos, há dois anos namora Caio, de 19 anos. Tícia é virgem e está decidida a apenas manter relação sexual após o casamento, já marcado para ocorrer no dia em que ela completará 18 anos. Quando estavam sozinhos, na sala, assistindo TV, Caio, aproveitando-se que Tícia cochilava, masturbou-se e ejaculou no corpo da namorada que, imediatamente, acordou. Sentindo-se profundamente violada e agredida, Tícia grita e acorda os pais, que dormiam no quarto da casa. Os pais, vendo a filha suja e em pânico, impedem Caio de fugir e decidem chamar a polícia. Acionada a polícia, Caio é preso, em flagrante delito e, encerradas as investigações, denunciado pelo crime sexual praticado. Diante da situação hipotética, Caio poderá ser processado pelo crime de importunação sexual, tratando-se de ação penal pública incondicionada. Correto!!

Por exemplo, dentro de um ônibus, determinado homem faz automasturbação e ejacula nas costas de uma passageira que está sentada à sua frente. Esta conduta abominável, lamentavelmente, tem ocorrido com certa frequência. O fato não podia ser enquadrado como estupro (art. 213 do CP), considerando que não houve violência ou grave ameaça:

> *Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:*
> *Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

Também não podia ser classificado como violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP), tendo em vista que o ato libidinoso não foi praticado com a vítima:

> *Violação sexual mediante fraude*
> *Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.*

Diante disso, essa conduta era “punida” como contravenção penal:

> *Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:*
> *Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.*

Agora, com a Lei nº 13.718/2018, este fato é tipificado como importunação sexual, delito do art. 215-A do CP.

O Professor Márcio Cavalcante cita ainda, como exemplo:

O art. 215-A do CP também serve para punir a conduta do frotteurismo. O frotteurismo consiste em "tocar e esfregar-se em uma pessoa sem seu consentimento. O comportamento geralmente ocorre em locais com grande concentração de pessoas, dos quais o indivíduo pode escapar mais facilmente de uma detenção (por ex., calçadas movimentadas ou veículos de transporte coletivo). Ele esfrega seus genitais contra as coxas e nádegas ou acaricia com as mãos a genitália ou os seios da vítima. Ao fazê-lo, o indivíduo geralmente fantasia um relacionamento exclusivo e carinhos com a vítima." (http://www.psiquiatriageral.com.br/ dsm4/sexual4.htm. Acesso em 29/09/2018).

No frotteurismo não há violência ou grave ameaça, razão pela qual não se enquadra como estupro (art. 213 do CP), mas sim o delito do art. 215-A do CP.

4.4. TIPO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade consciente de praticar o ato libidinoso contra alguém. Além disso, o agente deve atuar com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro (dolo específico).

Não admite modalidade culposa.

4.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com a prática do ato libidinoso.

Rogério Sanches entende que: apesar de teoricamente possível, na prática parece improvável a caracterização da tentativa, pois, se o agente inicia a execução de qualquer ato libidinoso, há de se reconhecer a consumação. Antes disso, ocorrem apenas atos preparatórios.

4.6. REVOGAÇÃO DO ART. 61 DA LEI DE CONTRAVENÇÃO PENAL

A Lei nº 13.718/2018, além de inserir o crime do art. 215-A ao CP, também revogou o art. 61 do DL 3.688/41 (contravenção penal que era chamada de importunação ofensiva ao pudor). Compare (Dizer o Direito):

IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR	IMPORTUNAÇÃO SEXUAL
Lei de Contravenções Penais (DL 3.688/41) Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.	Código Penal Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.
Era uma contravenção penal.	Trata-se de crime.
Revogada pela Lei nº 13.718/2018.	Incluído pela Lei nº 13.718/2018.

Houve *abolitio criminis*? Os indivíduos que estavam respondendo ou já haviam sido condenados por importunação ofensiva ao pudor foram beneficiados com a Lei nº 13.718/2018 e poderão pedir o reconhecimento de *abolitio criminis*? NÃO. A conduta descrita no art. 61 do DL 3.688/41 passou a ser prevista no art. 215-A do Código Penal, ainda que com outra redação mais abrangente.

Desse modo, não houve abolitio criminis, mas sim continuidade normativo-típica.

> *O princípio da continuidade normativa ocorre "quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário." (Min. Gilson Dipp, em voto proferido no HC 204.416/SP).*

Logo, para as pessoas que estavam respondendo ou haviam sido condenadas pelo art. 61 do DL 3.688/41 antes da Lei nº 13.654/2018, nada muda.

Veja como **já foi cobrado**:

MPE/SP (2019): O crime de importunação sexual, com elemento subjetivo específico, foi criado pela Lei n° 13.718/2018, que revogou expressamente o artigo 61 do Decreto-Lei n° 3.688/41, Lei das Contravenções Penais. Correto!

5. ASSÉDIO SEXUAL

5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

> *Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*
> *Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*
> *Parágrafo único. (VETADO)*
> *§ 2o A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.*

5.2. CONCEITO DE ASSÉDIO SEXUAL

Assédio sexual é a insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno. Esse é o conceito dos dicionários.

O assédio ambiental também tem finalidade sexual, porém não exige relação de hierarquia ou ascendência entre o agente e vítima. Não é previsto no Brasil como crime.

O assédio moral, por sua vez, não tem finalidade sexual. Em resumo, é a ridicularização, humilhação ou robotização da pessoa, realizada no ambiente laboral. Não exige relação de hierarquia ou ascendência.

5.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Além da liberdade sexual da vítima, tutela-se a liberdade de exercício de trabalho, bem como o direito de não ser discriminado.

5.4. SUJEITOS DO CRIME

É crime bipróprio.

O sujeito ativo deve ser superior hierárquico ou deve exercer ascendência sobre a vítima.

O sujeito passivo deve ser subordinado ou subalterno.

Não se exige sexo específico de sujeito ativo ou passivo, vale dizer, pode ocorrer assédio com conotação heterossexual ou homossexual.

5.5. CAUSAS DE AUMENTO

> *Art. 216, § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.*

Aumenta-se a pena em ATÉ 1/3.

Antes da Lei 12.015/09, constituía mera circunstância judicial desfavorável. Ou seja: Novatio legis in pejus.

Também se aplicam ao assédio sexual as majorantes do art. 226 do CP.

> *Art. 226. A pena é aumentada:*
> *I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;*
> *II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;*

No caso do inciso II, ficam ressalvados o “preceptor” ou “empregador”, sob pena de bis in idem. Esses personagens constituem elementares do tipo do assédio sexual.

É possível assédio sexual de professor sobre aluno ou bispo sobre sacerdote? Primeiro devemos definir o que vem a ser hierarquia e posição de ascendência.

1ª C (Nucci, Greco): Superior hierárquico retrata relação LABORAL no âmbito público (Direito Público). Ascendência retrata relação LABORAL no âmbito privado.

Conclusão: Professor não pratica assédio contra aluno, pela inexistência de qualquer relação laboral. A conduta poderia praticar, conforme o caso, constrangimento ilegal ou a contravenção de importunação ofensiva ou pudor.

2ª C (Luiz Régis Prado): Superior hierárquico retrata relação laboral, não importa se pública ou privada. Ascendência retrata RELAÇÃO DE DOMÍNIO.

Conclusão: Há assédio sexual, pois, o professor tem relação de domínio sobre o aluno (o aluno depende da aprovação do professor).

5.6. NÚCLEO DO TIPO

A conduta é constranger alguém, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual.

Bitencourt: O constrangimento pode se dar mediante violência ou grave ameaça. ERRADO.

Se ocorrer conduta violenta, tratar-se-á do delito de estupro (tentado ou consumado). O máximo que se admite é a ameaça. Em se tratando de GRAVE ameaça, estaremos diante de estupro (tentativa).

5.7. ELEMENTO SUBJETIVO

Dolo de constranger, com finalidade especial de obter vantagem ou favorecimento sexual.

A vantagem sexual deve ser para si ou pode ser para outrem? Rogério Sanches: Quando a lei quer abranger "para outrem", o faz de forma expressa. E nesse caso o faz! Vantagem = Para si. Favorecimento sexual = Para outrem.

5.8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O assédio é crime habitual?

1ª C: PREVALECE que o crime não é habitual. Consuma-se com o primeiro ato constrangedor, dispensando-se a obtenção da vantagem sexual visada. Admite tentativa. Exemplo: Bilhetinho interceptado.

2ª C: O crime é habitual, consumando-se com a reiteração de atos, dispensando a obtenção da vantagem visada. Não admite tentativa (Rodolfo Pamplona, Capez, Mirabete).

6. EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL

6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A Lei nº 13.772/2018 acrescenta um novo crime ao Código Penal, com a seguinte redação:

> *Registro não autorizado da intimidade sexual*
> *Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.*

A Lei nº 13.772/2018 entrou em vigor na data de sua publicação (20/12/2018). Por ser uma lei mais gravosa, ela não se aplica para fatos ocorridos antes de sua vigência. Assim, os fatos praticados antes de 20/12/2018 não poderão ser punidos com base no art. 216-B do CP.

6.2. CONCEITO

O agente produz (cria, financia) ou registra (fotografa, filma, grava etc.) cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

Conforme explica o grande penalista Rogério Saches ao comentar o novo crime: “O tipo preenche a lacuna que existia em relação à punição da conduta de indivíduos que registravam a prática de atos sexuais entre terceiros. Foi grande a repercussão quando, em janeiro de 2018, um casal alugou um apartamento para passar alguns dias no litoral de São Paulo e, depois de se instalar, percebeu uma pequena luz atrás de um espelho que guarnecia o quarto. O inusitado sinal faz com que um deles vistoriasse o espelho e, espantado, descobrisse que ali havia uma câmera instalada. O equipamento foi imediatamente desligado e, logo em seguida, o casal recebeu uma ligação do proprietário do imóvel, que indagou se havia ocorrido algum problema, o que indicava que as imagens estavam sendo transmitidas em tempo real. Embora se tratasse de conduta violadora da intimidade e que inequivocamente dava ensejo a indenização por danos morais, o ato – não tão incomum – de quem instalava um equipamento de gravação nas dependências de um imóvel para captar imagens íntimas sem o consentimento dos ocupantes não se subsumia a nenhum tipo penal. A partir de agora, é classificado como crime contra a dignidade sexual.” (Disponível em https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/20/breves-comentarios-leis-13-76918-prisao-domiciliar-13-77118-feminicidio-e-13-77218-registro-nao-autorizado-de-nudez-ou-ato-sexual/)

6.3. BEM JURÍDICO

A intimidade sexual da vítima.

6.4. SUJEITOS

Tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa. Trata-se, portanto, de crime bicomum.

6.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo. Não se exige especial fim de agir.

Não admite modalidade culposa.

6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A cena registrada deve ter sido praticada em caráter íntimo e privado. Se o agente filma um casal mantendo relações sexuais em uma praça, por exemplo, não configura o crime.

Se há autorização, o fato é atípico, salvo em se tratando de crime ou adolescente, situação na qual configura o crime do art. 240 do ECA.

Vale ressaltar que, para não ser crime a autorização deve ter sido dada por todos os participantes. Se faltar a autorização de um dos participantes do ato, haverá crime. Imagine que Rodrigo irá manter relações sexuais com uma garota que conheceu na festa. Ele autoriza que seu irmão Ricardo, escondido, filme a cena. Ocorre que a garota não autorizou o registro. Obviamente, haverá o crime.

Na teoria, é possível tentativa. Isso porque se trata de crime plurissubsistente, é aquele no qual a execução pode ser fracionada em vários atos.

6.7. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Rogério Sanches explica que, se o agente faz o registro indevido e posteriormente divulga a cena, deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material:

> *Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.*

6.8. FIGURA EQUIPARADA

6.8.1. Previsão legal e considerações

> *Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.*

No caput, a cena registrada é verdadeira. Neste parágrafo único, por outro lado, a fotografia, vídeo ou áudio não é verdadeiro. Foi feita uma montagem, ou seja, foram acrescentados elementos que não ocorreram na realidade.

Ex: o agente pega imagem de uma modelo nua e, por meio do programa de computador Adobe Photoshop troca o rosto da modelo pelo da vítima.

6.8.2. Sujeitos

Tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa. Trata-se, portanto, de crime bicomum.

6.8.3. Elemento subjetivo

É o dolo. Não se exige especial fim de agir. Não se exige o agente tenha feito isso para se vingar da vítima ou alguma outra motivação especial.

Não admite modalidade culposa.

6.8.4. Consumação

O crime se consuma ainda que o agente tenha feito a montagem com o intuito apenas de diversão, ou seja, com a intenção de “brincar” com a vítima.

6.9. ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 13.772/2018 ainda promoveu uma pequena mudança na Lei nº 11.340/2006 ((Lei Maria da Penha) para deixar expresso que a violação da intimidade da mulher é uma forma de violência doméstica, classificada como violência psicológica. Veja:

Antes da Lei nº 13.772/2018	ATUALMENTE
Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação**;**	Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

7. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

7.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Como já mencionado, a Lei 12.015/2009 promoveu inúmeras alterações nos crimes sexuais, revogou o art. 217 e tipificou o estupro de vulnerável no art. 217-A. Vejamos:

> *Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:*
> *Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.*
> *§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*
> *§ 2º (VETADO)*
> *§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:*
> *Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.*
> *§ 4º Se da conduta resulta morte:*
> *Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.*
> *§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.*

ANTES DA LEI	APÓS A LEI
COM VIOLÊNCIA REAL: art. 213 - Pena 06 a 10 anos. O fato de a vítima ser vulnerável aumentava a pena de metade, em razão do art. 9º da Lei 8.072/90 (Pena 09 a 15) apontava esta consequência caso se encaixasse nas situações do art. 224. Em outras palavras: se houvesse violência real, não precisava do art. 224; assim, o agente era denunciado pelo art. 213 + o aumento de metade do art. 9º da LCH. SEM VIOLÊNCIA REAL (VIOLÊNCIA PRESUMIDA): art. 213 - Pena 06 a 10 anos. Não incidia a Lei dos Crimes Hediondos, pois já havia a combinação com art. 224 do CP para presumir a violência. Não poderia a vulnerabilidade ser usada para presumir a violência, configurando o estupro (art. 224 CP), e também para majorar a pena em metade (art. 9º LCH), pois ocorreria bis in idem. Ver LCH.	**COM OU SEM VIOLÊNCIA REAL**, o crime passa a ser o art. 217-A do CP. Pena 08 a 15 anos
Rol de vulneráveis: **Não maior** de 14 anos; Alienado mental; Vítima sem resistência.	Rol de vulneráveis: **Menor** de 14 anos; Alienado mental; Vítima sem resistência.

Perceba que antes a vítima era considerada vulnerável ainda no dia do 14º aniversário. Agora, somente é vulnerável até o último minuto de 13 anos.

7.2. LEX MITIOR E LEX GRAVIOR

Em alguns aspectos a nova lei retroage, por ser mais benéfica (exemplo: estupro de vulnerável com violência real: antes, aplicar-se-ia a pena do CP + a metade prevista na LCH, ou seja, 06 a 10 anos + metade – 09 a 15 – , hoje se submete a pena do CP, 8 a 15 anos), em outros é mais maléfica (exemplo: estupro de vulnerável com violência presumida, somente se submetia a pena do CP: 06 a 10 anos, hoje, se submete a pena do CP, mas a pena é de 08 a 15), portanto não retroage.

7.3. SUJEITO ATIVO

Por ser crime comum, poderá ser praticado por qualquer pessoa.

Salienta-se que a pena será aumentada quando o agente for uma das pessoas mencionadas no art. 226, II do CP.

> *Art. 226. A pena é aumentada:*
> *II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;*

7.4. SUJEITO PASSIVO

É crime próprio (exige qualidade especial da vítima), tendo em vista que a vítima é pessoa vulnerável.

Tratando-se de vítima menor de 14 anos, não há que se falar em vulnerabilidade relativa ou absoluta. O legislador adotou um critério objetivo, pouco importando se a vítima experiência sexual anterior.

> ***STJ Súmula 593*** *- O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos,* ***sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente****.*

Obs.: No Brasil, não se admite a exceção Romeu e Julieta. Por exemplo, um maior de 18 anos que namora uma menina de 13 anos e com ela mantém relações sexuais, não afasta o crime de estupro de vulnerável. O critério é objetivo, manteve relações sexuais com vítima menor de 14 anos, cometeu o crime do art. 217-A.

Veja como **já foi cobrado**:

FCC MPE/MT (2019): De acordo com o ordenamento jurídico e o posicionamento dos tribunais superiores sobre os crimes contra a dignidade sexual, a prática de passar as mãos nas coxas e seios da vítima menor de 14 anos, por dentro de sua roupa, não pode ser tipificado como crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), haja vista que não houve a conjunção carnal. Errado. O Artigo 217- A, do Código Penal, que descreve a conduta do crime de estupro de vulnerável, fala sobre conjunção carnal e ato libidinoso, comparado as duas condutas. Então, mesmo que não haja conjunção carnal, havendo o ato libidinoso o crime do Artigo 217-A, do Código Penal, está consumado.

DPE/MG (2019): João, imputável, namora Maria, 13 anos idade. O namoro é de conhecimento de todos, inclusive dos pais de Maria. Numa determinada viagem de férias João e Maria mantiveram relação sexual de forma consentida. Nessa situação, a prática de conjunção carnal consentida não afasta a tipificação do crime de estupro de vulnerável. Correto!

VUNESP TJ/AC (2019): a prática de relacionamento amoroso consensual por indivíduo com 18 anos com infante de 13 anos há mais de dois anos anteriores é fato atípico. Errado.

A Lei 13.718/2018 acrescentou o §5º ao art. 217-A, *in verbis*:

> *Art. 217-A, § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).*

Segundo Rogério Sanches, parece ser mais adequado interpretar restritivamente a regra inserida no § 5º, que deve se ater às situações que envolvam o caput do art. 217-A, ou seja, os menores de quatorze anos. No caso dos deficientes, faz-se interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual. Assim, se sobrepõe ao texto da lei ordinária, não há como admitir que a Lei 13.718/18 incida para limitar a liberdade de escolha de alguém que, não obstante seja deficiente, é capaz de se autodeterminar.

7.5. TIPO OBJETIVO

A conduta é ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com vulnerável.

Ressalta-se que o vulnerável pode ter tanto o comportamento ativo quanto passivo. Exemplo: Mulher constranger menino a ter com ela conjunção carnal.

É um delito de execução livre, vale dizer, não exige violência, grave ameaça ou fraude.

7.6. TIPO SUBJETIVO

O crime é punido a título de dolo, devendo o agente ter ciência da condição de vulnerável da vítima.

Se o agente não sabe da vulnerabilidade, podem advir diferentes consequências:

- Se o agente usou violência ou grave ameaça, porém não sabia que a vítima era vulnerável, responde pelo art. 213 (Estupro).
- Se empregar fraude, responde pelo art. 215 (Violação sexual mediante fraude).
- Se empregar outro meio, sem saber da vulnerabilidade, o fato será atípico (erro de tipo essencial).

7.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a prática dos atos de libidinagem, sendo perfeitamente possível a tentativa.

8. LENOCÍNIO CONTRA VULNERÁVEL

8.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está previsto no art. 218 do CP.

> *Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.*

Não se admite a aplicação dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95.

Antes da Lei 12.015/2009, se a vítima era menor de 14 anos, aplicava-se a presunção de violência (224), de forma a incidir a forma qualificada do art. 227, §2º (lenocínio mediante violência ou grave ameaça). Após a Lei 12.015/2009, perceba que uma das formas de lenocínio foi para um tipo próprio. O art. 227 continua vigente para outras vítimas, vulneráveis ou não.

8.2. SUJEITO ATIVO

O SUJEITO ATIVO é o Intermediário/Mediador que induz alguém (menor de 14 anos, no caso do art. 218) a satisfazer a lascívia de outrem. Trata-se do chamado lenão, que pode ser qualquer pessoa. Não se exige condição especial.

No delito de lenocínio temos três personagens:

a) Sujeito ativo: Lenão (Mediador).

b) Sujeito passivo: Menor de 14 anos.

c) Destinatário: Quem terá a lascívia satisfeita.

O art. 218 pune apenas o Lenão. Não pune o destinatário, pois o tipo penal exige que a conduta seja com intenção de satisfazer lascívia alheia e não própria.

8.3. SUJEITO PASSIVO

Menor de 14 anos, tanto de sexo masculino quanto feminino. A vítima deve ser determinada, sob pena de ocorrência do delito de favorecimento à prostituição de vulnerável (art. 218-B).

> *Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:*
> *Pena - reclusão, de 04 (quatro) a 10 (dez) anos.*

8.4. NÚCLEO DO TIPO

A conduta é induzir (aliciar, persuadir) menor a satisfazer lascívia (sensualidade, libidinagem, luxúria) de outrem. Por satisfação de lascívia tem-se entendido qualquer comportamento de natureza sexual, podendo abranger os atos de libidinagem (Nucci, Greco, Mirabete).

O destinatário, nesse caso (atos de libidinagem), responderá pelo art. 217-A (estupro de vulnerável). Trata-se de exceção pluralista à teoria monista (Nucci).

Rogério escreveu diferente: A exceção pluralista não pode ter uma discrepância tão grande de penas, sugere:

a) Se houver atos de libidinagem, o lenão responde pelo estupro de vulnerável na condição de partícipe. O destinatário responde como autor do estupro de vulnerável.

b) Tratando-se de satisfação de lascívia contemplativa (voyeurismo), quem induz responde pelo art. 218 (lenocínio de vulnerável). O destinatário pratica fato atípico, em regra (pode ocorrer algum delito do ECA).

ATENÇÃO: Não se trata de crime habitual.

8.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consistente na vontade consciente de induzir a vítima a satisfazer a lascívia de terceiro, sabendo o autor que age em face de menor de 14 anos. Não se exige finalidade específica.

O parágrafo único PREVIA a finalidade especial econômica, acrescentando pena de multa ao preceito sancionador (tal como no lenocínio comum - art. 227, §3º). É o chamado lenocínio mercenário.

> *Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos.*
> *...*
> *§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.*

ENTRETANTO, o dispositivo foi vetado.

Razões do veto: "A conduta de induzir menor de catorze anos a satisfazer a lascívia de outrem, com o fim de obter vantagem econômica já está abrangida pelo tipo penal previsto no art. 218-B, § 1º (favorecimento à prostituição de vulnerável).

8.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se com a prática do ato tendente a satisfazer a lascívia, independentemente do destinatário se sentir satisfeito. Admite-se a tentativa.

9. SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

9.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Previsto no art. 218-A, trata-se de novo tipo penal acrescentado pela Lei 12.015/09.

> *Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*

9.2. SUJEITO DO CRIME

É crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Incide a causa de aumento do art. 226, II se o autor for alguma daquelas pessoas.

> *Art. 226. A pena é aumentada:*
> *I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;*
> *II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;*

Já o sujeito passivo será o vulnerável menor de 14 anos.

9.3. NÚCLEO DO TIPO

Duas condutas:

a) Praticar atos de libidinagem na presença de menor - ocorre quando a presença do menor é espontânea e o sujeito se aproveita dessa presença.

b) Induzir menor a presenciar atos de libidinagem - a presença do menor é provocada.

DETALHE: O menor NÃO PODE participar dos atos de libidinagem, sob pena de configurar Estupro de Vulnerável.

9.4. ELEMENTO SUBJETIVO

Dolo, com finalidade especial de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

Sem a finalidade de satisfação de lascívia (Exemplo: do casal de amantes que levou a criança para o motel) não há crime.

9.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Segundo Nucci, o crime consuma-se com a efetiva prática do ato de libidinagem. Por outro lado, Rogério Sanches, entende que a conduta praticar, consuma-se com a prática do ato; a conduta induzir, consuma-se com o mero induzimento. A prática seria mero exaurimento.

> *Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.*

Admite-se a tentativa em ambas as condutas, pois são plurissubsistentes.

10. DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, E DE SEXO OU PORNOGRAFIA[13]

10.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Este tipo penal foi inserido ao CP pela Lei 13.718/2018. Vejamos:

> *Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.*
> *Aumento de pena*
> *§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.*
> *Exclusão de ilicitude*
> *§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.*

O crime do art. 218-C possui pena de 1 a 5 anos de reclusão. Logo, classifica-se como infração de médio potencial ofensivo. Isso significa que é possível a concessão de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

10.2. SUJEITOS

Trata-se de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa (homem ou mulher).

O agente que divulgou o vídeo não precisa ter sido o mesmo indivíduo que participou ou filmou o ato. Se for a mesma pessoa, poderá haver concurso de crimes.

Ex: imagine que o indivíduo praticou o estupro e filmou o ato. Em seguida, ele divulgou o vídeo na deep web. Neste caso, ele terá praticado dois delitos em concurso material: estupro e o crime do art. 218-C do CP.

Se a vítima mantém ou manteve relação íntima de afeto com o autor, aumenta-se a pena de um a dois terços (§1º.).

Por fim, tratando-se de vítima menor de dezoito anos, o comportamento do agente pode recair na conduta dos arts. 241 ou 241-A, do ECA, a depender das circunstâncias do caso concreto.

13 Ponto retirado dos comentários do Prof. Rogério Sanches (http://meusitejuridico.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/) e do Dizer o Direito (https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/ola-amigos-do-dizer-o-direito-lei-n-13.html

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

10.3. NÚCLEO DO TIPO

Ensina o Professor Márcio Cavalcante que o tipo penal do art. 218-C traz duas situações diferentes, por isso é importante separá-las:

1ª parte: o agente oferece, disponibiliza ou divulga, de qualquer forma (gratuitamente ou não), por qualquer meio (digital ou não), pela internet ou fora dela fotografia, vídeo ou qualquer registro audiovisual que contenha:

- Cena de estupro (art. 213 do CP)
- Cena de estupro de vulnerável envolvendo as pessoas do § 1º do art. 217-A
- Cena que faça apologia ("propaganda") ou induza a sua prática.

2ª parte: o agente oferece, disponibiliza ou divulga, de qualquer forma (gratuitamente ou não), por qualquer meio (digital ou não), pela internet ou fora dela, fotografia, vídeo ou qualquer registro audiovisual que contenha cena de sexo, nudez ou pornografia sem que a(s) pessoa(s) que está (ão) aparecendo na fotografia ou vídeo tenha(m) autorizado a sua publicação.

Diferença entre a 1ª e a 2ª partes do tipo penal:

1ª parte do art. 218-C	2ª parte do art. 218-C
O agente divulga uma fotografia ou vídeo que contém uma cena de estupro (relação sexual sem consentimento) ou uma cena que faça apologia ou induza a prática de estupro.	Aqui não tem nada a ver com estupro. O agente divulga uma fotografia ou vídeo que contém uma cena de sexo (consensual), nudez ou pornografia. A divulgação é feita sem o consentimento da pessoa que aparece na fotografia ou vídeo.
Ex: o agente divulga na *deep web* vídeo no qual um homem mantém relação sexual com uma mulher que, por estar completamente embriagada, não tinha o necessário discernimento para a prática do ato nem podia oferecer resistência.	Ex: Isabela e Ricardo são namorados e costumam filmar alguns atos sexuais que praticam. Isabela termina o relacionamento e Ricardo, como forma de vingança, divulga os vídeos em um site pornográfico na internet.

Pessoas que recebem a fotografia ou vídeo cometem o crime? NÃO. Esta conduta de receber a fotografia/vídeo e salvá-lo não se amolda em nenhum dos núcleos do tipo que são os

seguintes: “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar”.

Vale ressaltar, no entanto, que se um dos membros do grupo incentivou que o ex-namorado enviasse as fotos/vídeos, ele poderá responder pelo crime na qualidade de partícipe.

Para a configuração do art. 218-C do CP não interessa a forma como o agente obteve a fotografia ou vídeo. Haverá o delito tanto no caso em que o agente recebeu a mídia da própria vítima (ex: mulher enviou ao seu então namorado uma fotografia sua despida) como também na hipótese em que o sujeito a obteve clandestinamente (ex: invadiu o computador da vítima e dali extraiu o vídeo).

Vale ressaltar, no entanto, que se o agente obteve a mídia invadindo um dispositivo informático e depois repassou as fotografias/vídeos, neste caso ele responderá por dois delitos em concurso material (art. 154-A e art. 218-C do CP).

Por fim, há uma subsidiariedade expressa no preceito secundário do art. 218-C do CP. Isso significa que, se a conduta praticada puder se enquadrar em um delito mais grave, não será o crime do art. 218-C do CP.

10.4. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime é punido a título de dolo.

Não se exige qualquer elemento subjetivo específico.

Não admite modalidade culposa.

10.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

De acordo com Rogério Sanches: o crime se consuma quando praticada uma das ações típicas. Certas modalidades podem fazer com que o crime seja permanente, como a exposição à venda, a disponibilização (acesso permanente por meio de página em endereço eletrônico, por exemplo) e a divulgação (que também pode ser promovida continuamente por meio eletrônico).

Trata-se de crime material.

A tentativa é possível, trata-se de crime plurissubsistente.

10.6. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O § 1º pune uma prática que, infelizmente, ocorre com frequência e que é chamada de “porn revenge”. A “revenge porn” consiste na conduta do ex-namorado ou ex-marido que, inconformado com o término da relação, divulga, como forma de punir a sua ex-parceira, fotografias ou imagens nas quais ela aparece nua ou em cenas de sexo.

> *§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.*

Antes da Lei nº 17.718/2018 não havia um tipo penal específico que punisse a "revenge porn", restando à vítima buscar uma indenização cível.

O Prof. Márcio Cavalcante afirma que o § 1º traz duas causas de aumento de pena. São situações alternativas, ou seja, basta que ocorra uma ou outra. Vejamos o quadro esquemático:

Causas de aumento de pena do § 1º do art. 218-C do CP	
1) Se o agente que praticou o crime mantém ou tinha mantido relação íntima de afeto com a vítima.	2) Se o agente praticou o crime com o objetivo de se vingar da vítima ou de humilhá-la.
Esta primeira situação é objetiva no sentido de que não envolve a intenção do agente. Se o sujeito mantém ou manteve relação íntima de afeto com a vítima, ele já receberá o aumento da pena mesmo que não haja provas que revelem qual foi a sua intenção ao divulgar o vídeo ou a fotografia. Agiu bem o legislador ao prever assim porque evita uma difícil discussão sobre a intenção do agente. Ex: ex-namorado que divulga fotografias eróticas de sua ex-namorada.	Esta segunda situação é subjetiva, aqui entendida como algo que envolve a intenção do agente. Na prática, esta segunda hipótese servirá para punir os casos de sujeitos que não mantinham relação íntima de afeto com a vítima. Ex: Pedro trabalha com Lúcia na mesma empresa. Ambos disputaram uma promoção. Pedro divulga na lista de e-mail do trabalho fotografias de Lúcia nua como forma de vingança por ter perdido a promoção para ela.

10.7. EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Exclusão de ilicitude
§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

O § 2º traz duas situações. Não haverá o crime se:

• O agente divulga a fotografia ou o vídeo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica sem identificar a vítima;

• O agente divulga a fotografia ou o vídeo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica identificando a vítima, desde que ela seja maior de 18 anos e tenha dado autorização para isso.

Em nenhuma hipótese será permitida a identificação da vítima se ela for menor de 18 anos, sendo nulo seu consentimento ou de seus representantes legais.

11. AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS

A Lei 13.718/2018, entrou em vigor em 25 de setembro de 2018, alterou a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Perceba que não é caso de aplicação imediata da lei, uma vez que, apesar de tratar de matéria processual penal, é matéria que está sujeita às regras de Direito Penal. As mudanças na espécie de ação penal de privada para pública condicionada à representação, com as alterações feitas pela Lei 12.015/2009, repercutiram no Direito Penal, já que o indivíduo deixa de ter direito as causas extintivas de punibilidade voltadas exclusivamente para a ação penal privada (decadência do direito de queixa, renuncia ao direito de queixa, perdão do ofendido e perempção, havendo claro prejuízo ao réu. Igualmente, quando se passou de ação penal pública condicionada à representação para ação penal pública incondicionada (alteração feita pela Lei 13.718/2018) alguns institutos deixarão de ser aplicados, sendo mais gravoso.

Por se tratar de uma lei mais gravosa, é dotada de irretroatividade, ou seja, será aplicada apenas para os crimes praticados após a sua vigência.

Por isso, é importante traçar um panorama acerca da redação original do art. 225 do CP, das mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 e, por fim, das alterações feitas pela Lei 13.718/2018.

	REDAÇÃO ORIGINAL	DEPOIS DA LEI 12.015/2009	DEPOIS DA LEI 13.718/18
REGRA	Ação Penal Privada	Ação Penal Condicionada à Representação	Ação Penal Pública Incondicionada
EXCEÇÃO	- Vítima pobre (AP condicionada à representação, mesmo havendo defensoria na comarca. STF RHC 88143). - Abuso de poder familiar (AP pública incondicionada) - Crime sexual + lesão grave ou morte (AP pública incondicionada) - Violência real (emprego de força física sobre o corpo da vítima como forma de vencer sua resistência – AP pública incondicionada). Nesse sentido, a Súmula 608 do STF (está ultrapassada, para a doutrina), que possuía fundamento no art. 101 do CP (ação penal extensiva)	- Vítima menor de 18 anos - Vítima vulnerável Em ambos, será ação penal púbica incondicionada. Obs.: Há no art. 225 do CP uma aparente contradição entre o caput e o parágrafo único. A doutrina sustentava que crimes contra vulneráveis seriam de ação penal pública incondicionada. Contudo, o STJ passou a entender que vulnerabilidade deveria ser analisada caso a caso. Sendo uma vulnerabilidade transitória, a ação penal será pública condicionada à representação; sendo uma vulnerabilidade permanente, a ação penal será pública incondicionada.	Não há mais exceções.

		- Crime sexual + lesão grave ou morte: apesar da lei não ter ressalvado, é um absurdo dizer que para esse caso a ação seria condicionada, seria uma violação ao princípio da proporcionalidade, na modalidade de defesa deficiente. (Prof. Paulo Rangel). Portanto, deveria ser mantida a AP pública incondicionada. Tramita a ADI 4301.	

ATENÇÃO!!!! Destaca-se que no HC 125.360 (Info 892) o STF entendeu que a Súmula 608 continua válida. Vejamos os comentários do Prof. Márcio Cavalcante (Dizer o Direito):

A Súmula 608 do STF permanece válida mesmo após o advento da Lei nº 12.015/2009.
Assim, em caso de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada mesmo após a Lei nº 12.015/2009.
STF. 1ª Turma. HC 125360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/2/2018 (Info 892).

Com a edição da Lei nº 12.015/2009, a maioria da doutrina defendeu a ideia de que esta súmula teria sido superada. Isso porque o caput do art. 225 do Código Penal falou que a regra geral no estupro é a ação pública condicionada. Ao tratar sobre as exceções nas quais o crime será de ação pública incondicionada, o parágrafo único do art. 225 não fala em estupro com violência real. Logo, para os autores, teria havido uma omissão voluntária do legislador.

O STF acatou esta tese? Depois da Lei nº 12.015/2009, o estupro praticado mediante violência real passou a ser de ação pública condicionada? Com a Lei nº 12.015/2009, a Súmula 608 do STF perdeu validade? NÃO. O tema ainda não está pacificado, mas a 1ª Turma do STF decidiu que: A Súmula 608 do STF permanece válida mesmo após o advento da Lei nº 12.015/2009. Assim, em caso de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. STF. 1ª Turma. HC 125360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/2/2018 (Info 892).

Em suma: Cleber Masson entende que a Súmula 608 está superada. Márcio Cavalcante sustenta que a Súmula continua válida, apesar de ser totalmente inútil considerando que, atualmente, todos os delitos são de ação penal incondicionada.

A partir da vigência da Lei 13.718/2018, todos os crimes contra a liberdade sexual são de ação penal pública incondicionada, são eles:

- Estupro (art. 213 do CP)
- Violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP)
- Importunação sexual (art. 215-A do CP)

- Assédio sexual (art. 216-A do CP)
- Estupro de vulnerável (art. 217-A do CP)
- Corrupção de menores (art. 218 do CP)
- Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A do CP)
- Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou vulnerável (art. 218-B do CP)
- Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C do CP)

Indaga-se: o art. 225 do CP prevê ação penal pública incondicionada para os crimes previstos nos capítulos I e II (os listados acima). Diante disso, como ficam os crimes previstos nos demais capítulos? Renato Brasileiro afirma que, apesar do silêncio do legislador, também são de ação penal pública incondicionada. Como visto, a regra para todo e qualquer crime é pública incondicionada, será de ação penal privada ou de ação penal condicionada à representação apenas quando a lei assim previr, no silêncio da lei segue a regra geral.

Veja como **já foi cobrado**:

DPE/MG (2019): Os crimes contra a dignidade sexual serão processados mediante ação penal pública condicionada à representação, tendo em vista evitar a vitimização secundária, salvo no caso de estupro de vulnerável, hipótese em que a ação penal será pública incondicionada e a pena será aumentada da metade se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta da vítima. Errado!

VUNESP TJ/AC (2019): Em relação à titularidade da ação penal, nos crimes de estupro, por violência real ou grave ameaça, importunação sexual, assédio sexual e divulgação de cena de estupro, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Errado!

12. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O art. 226 do CP prevê as causas de aumento de pena para os crimes sexuais, incide na terceira da dosimetria.

Art. 226. A pena é aumentada:
I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;
III - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
Estupro coletivo *(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)*
a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes; (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

> ***Estupro corretivo*** *(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)*
> *b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)*

Salienta-se que o inciso I aplica-se para os demais crimes sexuais, já o inciso IV, "a" será aplicado apenas para o estupro do art. 213 do CP e para o art. 217-A do CP (interpretação extensiva).

Há, ainda, causas de aumento de pena no art. 234-A do CP. Observe;

> *Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:*
> *III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez;*
> *IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência.*

Obviamente, a gravidez deve ser da vítima do crime sexual. Caso o outro crime sexual tenha sido praticado por uma mulher e resulte em gravidez, segundo entendimento de Cleber Masson, não deve incidir a causa de aumento.

No caso de pessoa idosa ou com deficiência, o agente deve conhecer a condição da vítima. Além disso, o agente deve ter dolo direito ou eventual quanto à doença sexualmente transmissível, a perícia será obrigatória.

Por fim, mesmo no caso em que o agente utiliza preservativo, incidirá a causa de aumento, tendo em vista que a lei se contenta com o resultado gravidez e com a transmissão da doença.

13. SEGREDO DE JUSTIÇA

Conforme prevê o art. 234-B, os processos que se referem aos crimes sexuais correrão em segredo de justiça.

> *Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.*

A publicidade dos atos judiciais é um direito fundamental (art. 5º, LXI, da CF), podendo haver sigilo em razão da defesa da intimidade, é o que acontece nos crimes sexuais.

Apesar de o texto legal fazer referência a processo, o segredo de justiça, para ser efetivo, também deve ser imposto na fase investigatória.

14. JURISPRUDÊNCIA EM TESE: DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

EDIÇÃO 151

1) É facultado aos Tribunais de Justiça atribuir às Varas da Infância e da Juventude competência para processar e julgar crimes de natureza sexual praticados contra crianças e adolescentes.

2) Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos.

3) Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes da edição da Lei n. 12.015/2009, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo. (Recurso Repetitivo - Tema 581)

4) Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram reunidos em um único dispositivo após a edição da Lei n. 12.015/2009, não ocorrendo abolitio criminis do delito do art. 214 do Código Penal - CP, diante do princípio da continuidade normativa.

5) Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a Lei n. 12.015/2009 deve alcançar os delitos previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, cometidos antes de sua vigência.

6) Após o advento da Lei n. 12.015/2009, que tipificou no mesmo dispositivo penal (art. 213 do CP) os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, é possível o reconhecimento de crime único entre as condutas, desde que tenham sido praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto-fático.

7) Sob a normativa anterior à Lei n. 12.015/2009, na antiga redação do art. 224, a, do CP, já era absoluta a presunção de violência nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual.

8) O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula n. 593/STJ) (Recurso Repetitivo - Tema 918)

9) O estado de sono, que diminua a capacidade da vítima de oferecer resistência, caracteriza a vulnerabilidade prevista no art. 217-A, § 1º, do Código Penal - CP.

10) No crime de estupro em que a vulnerabilidade é decorrente de enfermidade ou deficiência mental (art. 217-A, § 1º, do CP), o magistrado não está vinculado à existência de laudo pericial para aferir a existência de discernimento ou a possibilidade de oferecer resistência à prática sexual, desde que a decisão esteja devidamente fundamentada, em virtude do princípio do livre convencimento motivado.

11) O beijo lascivo integra o rol de atos libidinosos e configura o crime de estupro se obtido mediante emprego de força física do agressor contra vítima maior de 14 anos.

EDIÇÃO N. 152

1) É incabível a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para quaisquer das contravenções penais dos arts. 61 ou 65 do Decreto-Lei n. 3. 688/1941, pois aquele se caracteriza pela prática de atos libidinosos ofensivos à dignidade sexual da vítima, praticados mediante violência ou grave ameaça, com finalidade lasciva, sucedâneo ou não da conjunção carnal, evidenciando-se com o contato físico entre agressor e ofendido.

2) Em razão do princípio da especialidade, é descabida a desclassificação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal - CP) para o crime de importunação sexual (art. 215-A do CP), uma vez que este é praticado sem violência ou grave ameaça, e aquele traz ínsito ao seu tipo penal a presunção absoluta de violência ou de grave ameaça.

3) O delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima.

4) A contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos art. 213 e art. 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e vítima.

5) É possível a configuração do crime de assédio sexual (art. 216-A do CP) na relação entre professor e aluno.

6) A prática de crime contra a dignidade sexual por professor faz incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Código Penal, por sua evidente posição de autoridade e ascendência sobre os alunos.

7) Não há *bis in idem* na incidência da agravante genérica do art. 61, II, f, concomitantemente com a causa de aumento de pena do art. 226, II, ambas do CP, no crime de estupro.

8) No estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP), a condição de a vítima ser criança é elemento ínsito ao tipo penal, tornando impossível a aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, h, do Código Penal Brasileiro, sob pena de *bis in idem*.

9) O fato de o ofensor valer-se de relações domésticas para a prática do crime de estupro não pode, ao mesmo tempo, ser usado como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e como agravante genérica (art. 61, II, f, do CP), sob pena de *bis in idem*.

10) No estupro de vulnerável, o trauma psicológico que justifica a valoração negativa das consequências do crime (art. 59 do CP) é aquele cuja intensidade for superior à inerente ao tipo penal.

11) No estupro de vulnerável, a tenra idade da vítima pode ser utilizada como circunstância judicial do art. 59 do CP e, portanto, incidir sobre a pena-base do réu.

EDIÇÃO 153[14]

1) Aquele que adere à determinação do comparsa e contribui para a consumação crime de estupro, ainda que não tenha praticado a conduta descrita no tipo penal, incide nas penas a ele cominadas, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal.

> *O Código Penal adota, como regra, a teoria monista, segundo a qual, presentes a pluralidade de agentes e a convergência de vontades voltada à prática da mesma infração penal, todos aqueles que contribuem para o delito incidem nas penas a ele cominadas, na medida da sua culpabilidade. Assim,*

14 https://www.buscadordizerodireito.com.br/teses/detalhes/0777d5c17d4066b82ab86dff8a46af6f?categoria=11

o acusado, ao permitir a entrada e a permanência dos agentes em sua residência para a prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, aos quais permaneceu assistindo da porta do quarto, facilitou e assegurou a consumação dos delitos, concorrendo para a conduta típica, aplicando-lhe a norma de extensão do art. 29 do CP. STJ. 6ª Turma. REsp 1175623/GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 01/12/2015.

2) Nas hipóteses em que há imprecisão acerca do número exato de eventos abusivos à dignidade sexual da vítima, praticados em um longo período de tempo, é adequado o aumento de pena pela continuidade delitiva (art. 71 do CP) em patamar superior ao mínimo legal.

A despeito de não haver menção do exato número de eventos ocorridos ao longo de quase um ano, tendo sido indicada com precisão apenas a data do último delito, a vítima assevera terem ocorrido múltiplos episódios de abusos, em ocasiões diferentes, com uma descrição vívida de condutas sexuais impróprias variadas (carícias, beijos, tentativas de introdução do pênis do réu em suas partes íntimas, assim como introdução do pênis em sua boca etc.), o que não permite seja a conduta considerada como crime único. Nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é adequada a fixação de aumento referente à continuidade delitiva em patamar superior ao mínimo, quando o delito foi perpetrado durante certo lapso temporal, sendo, nesse contexto, desnecessário precisar exatamente quantas vezes ocorreu o evento criminoso. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 539.857/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/04/2020.

Em regra, a escolha da quantidade de aumento de pena em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva considera o número de infrações praticadas pelo agente. Porém, na hipótese de crimes sexuais em que os episódios ocorrem durante longo período, não é viável exigir a quantificação exata do número de eventos criminosos. No presente caso, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva encontra-se devidamente justificado, uma vez que os abusos foram perpetrados durante tempo relevante. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1608536/PE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 28/04/2020.

3) Nos crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra da continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único, do CP), que condiciona a sua incidência às situações de emprego de violência real.

Em caso de estupro de vulnerável praticado contra duas ou mais vítimas, mediante violência presumida, não há continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único, do CP). Isso porque a violência de que trata a continuidade delitiva especial é a real, não abarcando a violência presumida. STJ. 5ª Turma. HC 232.709/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/10/2016.

Poderá ser aplicada a regra do concurso material, então? Aplica-se o concurso material em caso de estupro de vulnerável com violência presumida praticado contra vítimas diferentes?

Também não. A jurisprudência do STJ entende que, nas hipóteses de estupro praticado com violência presumida, não incide a regra do concurso material nem da continuidade delitiva específica. Neste caso, deverá ser aplicada a continuidade delitiva simples (art. 71, caput, do CP),

desde que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Nesse sentido: STJ. 6ª Turma. REsp 1602771/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/10/2017.

4) A orientação da Súmula 593/STJ não importa na retroatividade de lei penal mais gravosa (*novatio legis in pejus*) e apresenta adequada interpretação jurisprudencial das modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009.

> *Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.*

5) A prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos contra vítima imobilizada configura o crime de estupro de vulnerável do art. 217-A, § 1º, do CP, ante a impossibilidade de oferecer resistência ao emprego de violência sexual.

> *Se completamente inerte e incapaz de usar seu potencial motor (oferecer resistência) contra a violência sexual, haverá crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Se ainda lhe restar capacidade de discernir sobre a ilicitude da conduta, possibilidade de ofertar alguma resistência e não houver elementos biológicos incapacitantes, haverá o crime de estupro do art. 213 do CP. Agressão sexual contra vítima completamente impossibilitada de esboçar reação (vítima amarrada com as mãos para trás) configura estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, do CP). STJ. 5ª Turma. REsp 1706266/MT, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/10/2018.*

6) O avançado estado de embriaguez da vítima, que lhe retire a capacidade de oferecer resistência, é circunstância apta a revelar sua vulnerabilidade e, assim, configurar a prática do crime de estupro previsto no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Atenção. Essa tese é adotada pela 5ª Turma do STJ, mas rejeitada pela 6ª Turma. Vamos entender.

Segundo argumento defensivo, o estupro de vulnerável do art. 217-A, § 1º, do CP somente é de ação penal pública incondicionada quando a vulnerabilidade for permanente (ex: doente mental). Se a vulnerabilidade for temporária (ex: decorrente de embriaguez), a ação penal seria condicionada à representação. Assim, quando o art. 225, parágrafo único do CP fala em "pessoa vulnerável", ele está se referindo à pessoa que é vulnerável (vulnerabilidade permanente) e não à pessoa que está vulnerável (vulnerabilidade temporária).

Esse argumento defensivo acima exposto é acolhido pelo STJ?

5ª Turma do STJ: NÃO. Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do CP.

> *Esse dispositivo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no*

momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito.

Em outras palavras, seja a vulnerabilidade permanente ou temporária, no caso de estupro de vulnerável a ação penal é sempre incondicionada. STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1432186/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 15/05/2018.

6ª Turma do STJ: SIM. A "pessoa vulnerável" de que trata o parágrafo único do art. 225 do CP é somente aquela que possui uma incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos.

Se a pessoa é incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, ela não pode ser considerada vulnerável para os fins do parágrafo único do art. 225, de forma que a ação penal permanece sendo condicionada à representação da vítima. STJ. 6ª Turma. HC 276.510-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/11/2014 (Info 553).

Atualização importante:

A discussão acima exposta existia antes da Lei nº 13.718/2018. Atualmente não interessa mais, salvo para definir situações pretéritas. Isso porque a Lei nº 13.718/2018 alterou a redação do art. 225 do CP e passou a prever que TODOS os crimes contra a dignidade sexual são de ação pública incondicionada (sempre). Não há exceções!

Vale ressaltar, no entanto, que a Lei nº 13.718/2018 entrou em vigor na data de sua publicação (25/09/2018). Como se trata de lei penal mais gravosa (novatio legis in pejus), ela é irretroativa, não alcançando fatos praticados antes da sua vigência. Essa regra de irretroatividade vale, inclusive, para as ações penais. Assim, por exemplo, se, em 24/09/2018, o agente praticou conjunção carnal ou ato libidinoso contra uma pessoa "temporariamente vulnerável", a discussão acima ainda permanece porque a Lei nº 13.718/2018 não poderá retroagir.

7) Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o crime de corrupção sexual de maiores de 14 e menores de 18 anos, previsto na redação anterior do art. 218 do CP, deixou de ser tipificado, ensejando *abolitio criminis*.

8) No crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B do CP), a vulnerabilidade relativa do menor de 18 anos deve ser aferida pela inexistência do necessário discernimento para a prática do ato ou pela impossibilidade de oferecer resistência, inclusive por más condições financeiras.

9) A conduta daquele que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 18 anos e maior de 14 anos em situação de prostituição ou de exploração sexual somente foi tipificada com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, que incluiu o art. 218-B, § 2º, I, no CP, não podendo a lei retroagir para incriminar atos praticados antes de sua entrada em vigor.

10) O segredo de justiça previsto no art. 234-B do Código Penal abrange o autor e a vítima de crimes sexuais, devendo constar da autuação apenas as iniciais de seus nomes.

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

11) O Juizado Especial de Violência Doméstica é competente para julgar e processar o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) quando estiver presente a motivação de gênero ou quando a vulnerabilidade da vítima for decorrente da sua condição de mulher.

Vale ressaltar, contudo, que se essa motivação ou vulnerabilidade não estiverem presentes, a competência não será do Juizado Especial de Violência Doméstica:

> *Caso em que se apura a prática de crime de estupro de vulnerável, em tese praticado por genitor contra filha de 4 anos de idade. Assim, ainda que fosse o caso de violência doméstica, deve prevalecer, para fins de fixação de competência, a condição de criança da vítima, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1490974/RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 20/08/2019.*

Para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher.

> *No caso dos autos, verifica-se que o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, mas sim a tenra idade da ofendida, que residia sobre o mesmo teto do agravante, que com ela manteve relações sexuais consentidas, motivo pelo qual não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1020280/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 23/08/2018.*

12) Reconhecida a existência de crime único entre as condutas descritas nos art. 213 e art. 214 do CP, unificadas pela Lei n. 12.015/2009 na redação do novo art. 213, compete ao Juízo das Execuções o redimensionamento de pena imposta ao condenado, conforme a Súmula n. 611 do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica de que os crimes previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, após a redação dada pela Lei n. 12.015/09, configuram crime único. Todavia, devem as diversas condutas praticadas serem valoradas na primeira fase do cálculo da pena, ficando estabelecido como limite máximo para a nova sanção, a totalidade da pena anteriormente aplicada ao estupro e ao atentado violento ao pudor, de forma a se evitar a reformatio in pejus.

> *Por se tratar de inovação benéfica, novatio legis in mellius, a Lei nº 12.015/2009 alcança todos os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Na hipótese dos autos, considerando que a vítima foi submetida a conjunção carnal e atos libidinosos diversos, no mesmo contexto fático, deve ser concedida a ordem para reconhecer a ocorrência de crime único. STJ. 5ª Turma. HC 441.523/BA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 30/05/2019.*
>
> *Súmula 611-STF: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.*

13) Nos crimes sexuais praticados contra criança e adolescente, admite-se a oitiva da vítima por profissional preparado e em ambiente diferenciado na modalidade do "depoimento sem dano",

prevista na Lei n. 13.431/2017, medida excepcional que respeita sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

O Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais, na busca da verdade e na responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências para implementar procedimentos de colheita especial de prova oral, evitando-se, notadamente em casos como o presente, a revitimação do ofendido, ocorrida em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, seja na fase investigatória seja na processual.

> *Os mecanismos de "Escuta Especializada" estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa. STJ. 6ª Turma. HC 422.635/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 26/02/2019.*

14) Na apuração de suposta prática de crime sexual, é lícita a utilização de prova extraída de gravação telefônica efetivada pelo ofendido, ou por terceiro com a sua anuência, sem o conhecimento do agressor.

> *A gravação de conversa, in casu, não configura prova ilícita, visto que não ocorreu, a rigor, interceptação por terceiro, mas uma mera gravação pela genitora utilizando-se do próprio celular, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, sua filha, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância. STJ. 5ª Turma. AgInt no REsp 1712718/AC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 24/04/2018.*

> *As gravações telefônicas, ainda que realizadas com apoio de terceiro, contavam sempre com a ciência e permissão de um dos interlocutores, entre eles, a própria vítima do crime de estupro. A conduta é, portanto, lícita, sendo despicienda, para tanto, a autorização judicial. E, ainda, a situação dos autos não se confunde com a interceptação telefônica, em que a reserva de jurisdição é imprescindível. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 754.861/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 04/02/2016.*

CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

1. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

1.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está prevista no art. 288 do CP, foi alterado pela Lei 12.850/2013.

> *Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.*
> *Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.*

Conforme ensina Rogério Sanches, a Lei n° 12.850/13 modificou o art. 288 do Código Penal em alguns aspectos. Inicialmente, o *nomen iuris* passou de quadrilha ou bando para associação criminosa. Além disso, alterou-se o número mínimo de agentes que devem se associar para caracterizar o crime, isso para diferenciá-lo da organização criminosa, agora definida e tipificada nos artigos 1 ° e 2° da Lei n° 12.850/ 13, e que exige o número mínimo de quatro agentes.

Houve, também, mudança no parágrafo único, que antes dobrava a pena do crime quando sua prática envolvia agentes armados. Atualmente, a associação criminosa terá a pena aumentada até a metade se os agentes estiverem armados ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Art. 288 CP	
antes da Lei 12.850/13	**depois da Lei 12.850/13**
Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado	**Art. 288**. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

15

1.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Tutela-se a paz pública.

1.3. SUJEITOS

Sujeito ativo: crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa.

15 Quadro extraído do Livro do Professor Rogério Sanches – Manual de Direito Penal: Parte Especial.

Salienta-se que o tipo exige no mínimo 03 pessoas, portanto se está diante de um crime plurissubjetivo ou de concurso necessário de condutas paralelas, pois umas auxiliam as outras. Além disso, no número mínimo de 03 agentes, computam-se eventuais inimputáveis ou indivíduos não identificados.

Sujeito passivo: coletividade.

1.4. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, deve haver o fim especial de cometer crimes.

Obs.: a finalidade de lucro é dispensável.

1.5. NÚCLEO DO TIPO

É o verbo “associarem-se”, pressupõe vinculação sólida (estrutura) e durável (tempo). Exige-se pluralidade de pessoas: mínimo 3, com o fim de praticar uma série indeterminada de crimes: devem ser CRIMES, mas não necessariamente da mesma espécie.

Obs.: sendo indiferente a posição ocupada por cada associado na organização, se conhecem uns aos outros ou não (associação via internet), se há ou não hierarquia; identificando-se o vínculo associativo estável e permanente, haverá o crime.

Não abrange crime culposo nem preterdoloso.

Ressalta-se que deve ser para uma série INDETERMINADA de crimes. É isso que diferencia do mero concurso de agentes.

Se a pluralidade de crimes executada pelos agentes ocorre em continuidade delitiva - art. 71 do CP -, como, por exemplo, múltiplos roubos executados nas mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução, não fica afastado o reconhecimento da associação criminosa, ainda que, por ficção jurídica, as várias ações resultem num só crime de roubo, com pena majorada.

1.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime, em relação aos fundadores, se consuma quando caracterizada a convergência de vontades entre ao menos 03 pessoas.

Salienta Rogério Sanches que é posição pacífica nos Tribunais Superiores (STF e STJ) ser a associação criminosa crime autônomo, que independe da prática de delitos pelo grupo (aliás, eventuais infrações praticadas gera, para seus autores – que participaram, direta ou indiretamente da execução -, concurso material entre o crime praticado e o art. 288 do CP).

Note-se que se trata de crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo. A retirada de um associado, deixando o grupo com menos de três agentes, cessa a permanência, mas não interfere na existência do crime, já consumado para todos. Já em relação aos que posteriormente integram a associação, o crime se consuma no momento da adesão de cada um.

Tentativa é inadmissível, pois os atos praticados com a finalidade de formar a associação (anteriores à execução - formação) são meramente preparatórios.

Salienta-se que o STJ (Resp. 1789273[16]) entende que a configuração da prática delitiva do art. 288 do CP não ocorre pela inclusão de um número mínimo de pessoas no polo passivo da ação penal, mas sim pelo intuito do agente de tomar parte em grupo criminoso formado por um quantitativo mínimo legal de integrantes. Tal conclusão é reforçada pelo consenso jurisprudencial no sentido de que, mesmo quando inimputáveis os demais dos integrantes da *societas delinquentium*, ou por qualquer motivo de caráter pessoal e incomunicável, extinta a punibilidade dos demais integrantes do grupo, remanesce a responsabilidade criminal daquele culpável e punível nos termos da Lei.

Nesses termos:

> *O delito previsto no art. 288 do Código Penal é de concurso necessário, contudo para a configuração do tipo computam-se eventuais inimputáveis ou pessoas não identificadas. Ademais, 'O número mínimo de integrantes exigido pelo tipo penal de quadrilha ou bando deve ser aferido no momento da consumação do delito, sendo indiferente para a sua configuração a evolução do processo em relação a cada acusado ou eventual extinção da punibilidade de um ou alguns deles"(AgRg no AgRg no AREsp 546448/PE. Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 28.02.2018).*

É importante não confundir: o delito do art. 288 do CP é crime de concurso necessário ou plurissubjetivo, com no mínimo 3 pessoas, com estabilidade e permanência. No entanto, não é necessário a inclusão de um número mínimo de pessoas no polo passivo da mesma ação penal para se reconhecer o crime do art. 288 do CP. Por exemplo, pode o MPF optar como estratégia de persecução, promover ações penais em separado contra os diversos envolvidos no esquema criminoso que gerou um incontável número de processos criminais conexos, a fim de evitar um gigantesco maxi processo, o que encontra abrigo no art. 80 do CPP.

1.7. MAJORANTE

O parágrafo único determina o aumento da pena até a metade se a associação criminosa é armada ou se houver a participação de criança ou de adolescente.

> *Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.*

A doutrina diverge acerca quantidade de membros que devem estar armados para que incida a majorante. Para uns basta que um integrante esteja armado para gerar o aumento; para outros, exige-se que a maioria dos membros esteja armada.

Por fim, deve ser observado que a Lei n° 12.850/13 modificou o quantum de incidência da majorante, que antes representava o dobro da pena e atualmente pode aumentá-la até a metade. Assim, se a pena da anterior quadrilha poderia variar de dois a seis anos, a atual associação criminosa poderá, pela incidência da causa de aumento no máximo permitido, ter a reprimenda

16 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/58ec998e5f04921d22afdd67759db6e4?categoria=11&palavra-chave=ASSOCIA%C3%87%C3%83O+CRIMINOSA&criterio-pesquisa=e

variável de um ano e seis meses a quatro anos e seis meses. Vê-se, pois, que a nova disciplina é benéfica em relação à precedente, e, por isso, deve retroagir para favorecer o agente que cometeu o crime sob a égide da lei anterior.

2. CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA

2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está disciplinado no art. 288-A do CP, foi inserido pela lei 12.720/12 que também adicionou o §6º ao art. 121 do CP (homicídio por grupo de extermínio/milícia) e alterou o §7º do art. 129 (majorante em lesão corporal provocada por grupo de extermínio/milícia).

> *Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:*
> *Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.*

A nova Lei criou nova forma de associação criminosa, reunião estável e permanente de pessoas com fim (criminoso) comum.

2.2. NÚCLEO DO TIPO

Elegeu como núcleos: constituir (significa compor a organização, o grupo criminoso); organizar (é encontrar a melhor maneira de agir); integrar (é fazer parte); manter ou custear (significa sustentar, pagar o custo, não apenas financeiramente, mas com o fornecimento de materiais, instrumentos bélicos etc.). Não importa o núcleo praticado, estamos diante de comportamentos cometidos por associados (fundadores ou não) do grupo criminoso.

Chama a atenção o fato de o legislador ter enunciado grupos que, na prática, se confundem, como acontece com o “grupo de extermínio” e “esquadrão”.

2.2.1. “Organização paramilitar”

Paramilitares são associações civis, armadas e com estrutura semelhante a militar. Possui as características de uma força militar, tem a estrutura e organização de uma tropa ou exército, sem sê-lo.

Não se pode ignorar que o art. 24 da Lei 7.170/83 pune com 2 a 8 anos, constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa, sendo imprescindível a MOTIVAÇÃO POLÍTICA do grupo.

> *LSN Art. 24 - Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.*
> *Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.*

2.2.2. “Grupo”

Quantas pessoas devem, no mínimo, integrar esse “GRUPO”? O texto é totalmente silente.

Com o advento da Lei 12.694/12 (organizações criminosas), já percebemos doutrina preferindo fundamentar o raciocínio no conceito de “GRUPO” trazido no seu artigo 2.º, que se contenta com a reunião de três ou mais pessoas.

2.2.3. “Milícia privada”

Por MILÍCIA PRIVADA entende-se grupo de pessoas (civis ou não, repetindo a discussão acima quanto ao número mínimo) armado, tendo como finalidade (anunciada) devolver a segurança retirada das comunidades mais carentes, restaurando a paz. Para tanto, mediante coação, os agentes ocupam determinado espaço territorial. A proteção oferecida nesse espaço ignora o monopólio estatal de controle social, valendo-se de violência e grave ameaça.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1989, por meio da resolução 44/162, aprovou os princípios e diretrizes para a prevenção, investigação e repressão às execuções extralegais, arbitrárias e sumárias, anunciando: “Os governos proibirão por lei todas as execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias, e zelarão para que todas essas execuções se tipifiquem como delitos em seu direito penal, e sejam sancionáveis com penas adequadas que levem em conta a gravidade de tais delitos. Não poderão ser invocadas, para justificar essas execuções, circunstâncias excepcionais, como por exemplo, o estado de guerra ou o risco de guerra, a instabilidade política interna, nem nenhuma outra emergência pública. Essas execuções não se efetuarão em nenhuma circunstância, nem sequer em situações de conflito interno armado, abuso ou uso ilegal da força por parte de um funcionário público ou de outra pessoa que atue em caráter oficial ou de uma pessoa que promova a investigação, ou com o consentimento ou aquiescência daquela, nem tampouco em situações nas quais a morte ocorra na prisão. Esta proibição prevalecerá sobre os decretos promulgados pela autoridade executiva”.

2.2.4. “Esquadrão”

Conceito de Válter Kenji Ishida: Esquadrão. No conceito militar refere-se a uma unidade da cavalaria, do exército blindado etc. O termo se vincula a uma reunião de pessoas quantitativamente maior que o grupo. O esquadrão pode ser exemplificado na organização criminosa formada no interior dos estabelecimentos penitenciários ou em São Paulo, com o chamado “esquadrão da morte”.

Denotem que a doutrina não é uniforme com relação à conceituação dos elementos trazidos pelo artigo 288-A do Código Penal. Aliás, a dificuldade em conceituar milícia privada é enorme. Tal dificuldade de conceituação foi até mesmo apontada pelo jurista Rogério Greco.

2.3. FINALIDADE: COMETIMENTO DE CRIMES DO CP

Tipificando a nova associação apenas quando tiver como finalidade a prática de crimes previstos no CP, não se cogita deste delito quando visar a prática de crimes estampados em legislação extravagante, sob pena de analogia incriminadora.

A constituição de grupo criminoso já é suficiente para caracterizar o crime do art. 288-A do CP, dispensando a prática de qualquer dos crimes visados pela associação, o qual, ocorrendo, gera o concurso material de delitos. Assim, grupo de extermínio que promove matanças, responde pelos

crimes dos arts. 288-A e 121, § 6º, ambos do CP, em concurso material, não se cogitando de bis in idem, pois são delitos autônomos e independentes, protegendo, cada qual, bens jurídicos próprios.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

1. DIVISÃO DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Título XI é o último da Parte Especial do Código Penal, estão divididos da seguinte forma:

- Capítulo I - crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral. Arts. 312-327.
- Capítulo II - crimes praticados por particulares. Arts. 328 -337-A.
- Capítulo II-A - crimes praticados contra a Administração Pública estrangeira.

  A doutrina critica essa expressão. Esse capítulo tutela, na realidade, a regularidade das transações comerciais internacionais. Ex.: Corrupção ativa de funcionário público estrangeiro. CAI NADA EM CONCURSO.
- Capítulo III - crimes praticados contra a Administração da Justiça. Ex.: Falso Testemunho etc. Arts. 338 - 359.
- Capítulo IV - crimes contra as finanças públicas. Arts. 359-A - 359-H.

2. *INTRANEUS* E *EXTRANEUS*

Refere-se ao funcionário público (*intraneus*) e ao particular (*extraneus*)

3. VITIMIZAÇÃO DIFUSA

Os crimes contra a Administração Pública atingem a coletividade como um todo, não é possível identificar suas vítimas. Por exemplo, um estrangeiro que chega ao Brasil será vítima de todos os efeitos produzidos pelos crimes contra a AP, incluindo-se até mesmo as gerações futuras.

Fala-se em Efeito *Boomerang*, tendo em vista que mesmo o autor do crime acaba sendo atingido por ele.

DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estão previstos nos arts. 312 a 327 do CP, são chamados de **crimes funcionais**. Salienta-se que há crimes que não estão previstos no Capítulo I, mas também podem ser crimes funcionais, a exemplo do art. 300 do CP.

Conforme leciona Cleber Masson, as penas nos crimes funcionais são consideradas tímidas quando comparadas com dos demais crimes, a exemplo da pena de peculato em comparação à pena do crime de furto. E o dano que esse tipo de delito causa é infinitamente maior.

Em qualquer caso, o crime funcional configurará, pelo menos, uma das espécies de atos previstos na LIA: enriquecimento ilícito E/OU danos ao erário E/OU violação aos princípios da Administração Pública.

Além disso, os crimes funcionais são chamados de *delicta in officio*, pois não basta que seja praticado por funcionário público contra a Administração Pública, deve ter relação com o exercícios de suas funções.

2. SUJEITO ATIVO

Quanto ao sujeito ativo, os crimes funcionais são próprios ou especiais, já que exigem uma situação fática ou jurídica diferenciada no tocante ao sujeito ativo: ser funcionário público e o crime deve ser praticada no exercício da função pública ou em razão dela.

Admitem tanto a coautoria quanto a participação. Portanto, particular em concurso com funcionário público poderá responder por crime funcional.

3. ESPÉCIES DE CRIMES FUNCIONAIS

Os crimes funcionais podem ser próprios ou impróprios.

PRÓPRIOS OU PUROS	IMPRÓPRIOS OU MISTOS
São os crimes em que a posição de funcionário público do sujeito ativo é indispensável à tipicidade do fato.	Faltando a qualidade, o fato deixa de configurar crime funcional.
Ausente a condição de funcionário público o fato será atípico.	Ausente a posição do funcionário público opera-se a desclassificação para outro delito.
Por exemplo, corrupção passiva; prevaricação.	Por exemplo, peculato-apropriação → apropriação indébita

4. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS

O art. 327 do CP, norma geral, traz o conceito de funcionário público para os fins penais.

> *Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*
> *§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.*
> *§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.*

É um dispositivo que expõe a chamada interpretação autêntica/literal/legislativa (o próprio legislador interpreta a lei). É uma norma penal de aplicação obrigatória.

4.1. FUNCIONÁRIO PÚBLICO TÍPICO OU PROPRIAMENTE DITO

> *Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego **ou função pública**.*

Quem exerce cargo (regime estatutário), emprego (regime celetista) ou função pública (atividade administrativa em si mesma), ainda que transitoriamente e sem remuneração (ex.: jurado e mesário).

O Administrador Judicial da falência é funcionário público para fins penais? Não se pode confundir função pública com ENCARGO PÚBLICO (múnus público), que é uma prestação de favor. O administrador não exerce função, mas encargo (Rogério).

Outros exemplos de múnus: inventariante dativo da herança; tutor dativo; curador dativo.

OBS: Fábio Ulhôa Coelho diz que Administrador é funcionário público para fins penais.

E o advogado dativo? Prevalece (STJ) que o advogado dativo é FUNCIONÁRIO PÚBLICO para fins penais. Três motivos:

1) Faz às vezes da Defensoria;

2) Existe convênio com o Poder Público para a sua atuação em favor dos necessitados;

3) Recebe do Poder Público.

Estagiário é funcionário público? SIM. Exerce função pública.

4.2. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ATÍPICO OU POR EQUIPARAÇÃO

Art. 327, §1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A parte em sublinhada foi acrescentada em 2000, motivada pelas políticas de desestatização, ou seja, delegações da execução de serviços públicos aos particulares (que não se confunde com privatização).

Assim, é funcionário público por equiparação quem exerce Cargo, emprego ou função em:

a) Entidade PARAESTATAL (Terceiro Setor);

b) Empresa prestadora de serviço CONTRATADA;

c) Empresa prestadora de serviço CONVENIADA.

Essas empresas devem estar contratadas ou conveniadas para a execução de atividade típica da Administração. Se a empresa for contratada para atividade atípica, não se trata de funcionário público (ex.: os funcionários de um Buffet contratado pelo Presidente não são funcionários públicos).

Exemplo: O Hospital 'x' (Ex.: Santa Casa) é entidade particular que presta um serviço público (saúde), porém sem qualquer vínculo contratual com o Estado (ou seja, seus funcionários não são públicos para fins penais). Agora, a partir do momento em que o hospital passa a ser subvencionado pelo poder público (mediante convênio) todos passarão a ser equiparados a funcionários públicos.

Comente o delito de desacato quem ofende honra de funcionário de CONCESSIONÁRIO de serviço público?

PREVALECE que não. A equiparação do §1º só existe quando o funcionário for AGENTE de crime, e não sujeito passivo. Nesse sentido: Noronha, Capez, Hungria.

Contra: Mirabete.

4.3. MAJORANTE DE PENA

Art. 327, § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou

de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Frise-se: Essa majorante se aplica a TODOS os crimes funcionais (inclusive ao peculato culposo).

Aumenta-se de 1/3 quando o agente exercer:	Em:
Cargo em comissão; Função de direção; Função de Assessoramento.	ADM direta; EP; SEM; Fundação instituída pelo poder público.

De acordo com o STF, a causa de aumento é aplicada aos Governadores, em razão de sua função de direção. Por outro lado, não se aplica aos parlamentares (STF IQ 3983)

Funcionário da EBCT é funcionário público? Os funcionários da EBCT são servidores públicos, que não se confundem com os funcionários das Franquias dos Correios.

Prevalece que os franqueados não são servidores públicos para fins penais.

Por fim, conforme entende o STF (AO 2093 – Info 950) a causa de aumento prevista no § 2º do art. 327 do Código Penal não pode ser aplicada aos dirigentes de autarquias (ex: a maioria dos DETRAN) porque esse dispositivo menciona apenas órgãos, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

5. PECULATO

5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: **(PECULATO DOLOSO PRÓPRIO: peculato-apropriação e peculato-desvio)**
Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Trata-se de infração de elevado potencial ofensivo, não admite os benefícios despenalizadores.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe

proporciona a qualidade de funcionário. **(PECULATO DOLOSO IMPRÓPRIO: peculato-furto)**
§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: **(peculato-culposo)**
Pena - detenção, de três meses a um ano.

É infração penal de menor potencial ofensivo.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior (peculato culposo), a reparação do dano, se PRECEDE à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é POSTERIOR, reduz de metade a pena imposta. **(causa de extinção de punibilidade e causa de diminuição de pena)**

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. **(peculato-estelionato)**

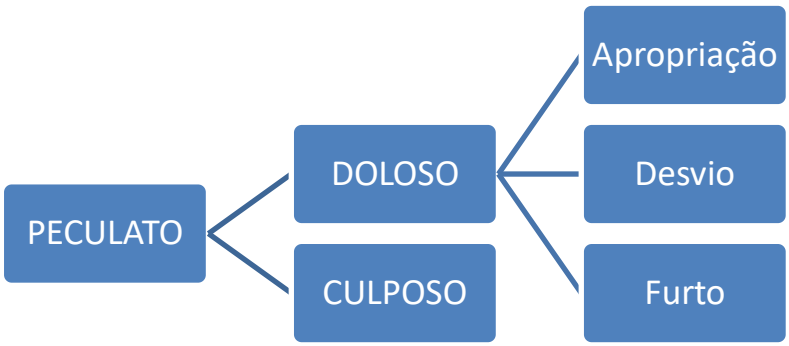
Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: **(peculato eletrônico)**
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: **(peculato-eletrônico)**
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

5.2. NOMENCLATURA

A expressão “peculato” deriva do Direito Romano (*peculatus*), a riqueza do Estado era medida em razão do “pecus”. Perceba que se relaciona com o objeto material do delito.

5.3. ESPÉCIES DE PECULATO



5.4. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Por excelência, o bem jurídico é a Administração Pública tanto em seu aspecto patrimonial (erário: bens públicos em geral) quanto em seu aspecto moral (lealdade, ética, probidade dos agentes públicos).

Importante consignar que é possível que o peculato tutele o bem do particular, desde que esteja confiado à guarda da Administração Pública, ocorrerá o chamado peculato malversação Cita-se, por exemplo, o carro aprendido que está no pátio da PRF e tem o sistema de som furtado por um policial.

5.5. OBJETO MATERIAL

O art. 312 do CP refere-se a dinheiro (nacional ou estrangeiro), valor (qualquer título de crédito ou documento negociável, representativo de dinheiro ou de mercadorias) ou qualquer outro bem móvel (interpretação analógica).

Salienta-se que a prestação de serviços, segundo o STF, não configura o crime de peculato, tendo em vista que não é dinheiro, valor e nem qualquer outro bem móvel. Por exemplo, o Secretário do Município utiliza a mão-de-obra de um servente do Município para fazer um muro em sua residência.

Contudo, o art. 1º do DL 201/1967 tipificam como crime de Prefeito o uso indevido, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas e **serviços**.

5.6. PECULATO E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

De acordo com o entendimento sumulado do STJ, não é possível aplicar o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, tendo em vista que têm como objetivo resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa. Logo, mesmo que o valor do prejuízo seja insignificante, deverá haver a sanção penal considerando que houve uma afronta à moralidade administrativa, que é insuscetível de valoração econômica.

> *Súmula 599-STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.*

No STF, há julgados admitindo a aplicação do princípio mesmo em outras hipóteses além do descaminho, como foi o caso do HC 107370 e do HC 112388. Segundo o entendimento que prevalece no STF, a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, devendo haver uma análise do caso concreto para se examinar se incide ou não o referido postulado.

5.7. PECULATO DOLOSO

5.7.1. Peculato próprio

a) Previsão legal e considerações

Está previsto no *caput* do art. 312 do CP, trata do peculato desvio e do peculato apropriação.

> *Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:*
> *Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.*

São crimes funcionais impróprios, tendo em vista que se retirada a qualidade de funcionário público, haverá a desclassificação.

b) Núcleo do tipo

A conduta consiste em:

- "**Apropriar-se**", ou seja, é tomar para si, apoderar-se indevidamente de coisa que possuía legitimamente. Aqui, o agente inverte o título da posse, passando a agir como se dono fosse da coisa (*animus domini*).
- "**Desfiar**", ou seja, dar destinação diversa daquela prevista em lei. Aqui, a coisa precisa ser desfiada em proveito próprio ou alheio, podendo ser material ou moral.

  Caso a coisa seja desfiada em proveito da própria Administração Pública, estará configurado o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, previsto no art. 315 do CP.

> *Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:*
> *Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.*

5.7.2. Peculato furto ou peculato impróprio

a) Previsão legal e considerações

Previsto no §1º do art. 312 do CP.

> *Art. 312, § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.*

Trata-se de crime funcional impróprio, tendo em vista que se retirada a qualidade de funcionário público, haverá a desclassificação para o crime de furto.

Peculato-apropriação/desvio (peculato próprio)	Peculato-furto (peculato impróprio)
O agente tem a posse legítima.	O agente **NÃO** tem posse.
A conduta é se apropriar ou desviar a coisa.	A conduta é subtrair ou facilitar a subtração da coisa. É chamado de impróprio exatamente pelo fato de o sujeito não se apropriar, mas sim subtrair a coisa.
O dolo de apoderamento é subsequente à posse.	O dolo de apoderamento é anterior à posse.

a) Núcleo do tipo

A conduta consiste em "**subtrair**" (inverte-se a posse do bem) e em "**concorrer para a subtração**" (crime de concurso necessário, pois praticado por duas ou mais pessoas).

b) Elemento normativo do tipo

No peculato-furto o agente vale-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público.

5.7.3. Sujeito ativo

Como já mencionado, trata-se de crime próprio ou especial, só pode ser praticado pelo funcionário público.

Destaca-se que o Prefeito não pratica peculato-apropriação e nem peculato-desvio. Contudo, poderá praticar o crime de peculato-furto, tendo em vista que não há tipo penal correspondente no DL 201/67.

5.7.4. Sujeito passivo

O sujeito passivo imediato será o Estado. Além disso, será sujeito passivo mediato a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada pela conduta criminosa.

5.7.5. Elemento subjetivo

É o dolo.

No peculato apropriação, além do dolo de apropriar-se, exige-se o elemento o *animus* de assenhoramento definitivo, ou seja, a intenção de se comportar como dono da coisa.

No peculato desvio e no peculato furto, além do dolo, o próprio dispositivo legal reclama a finalidade específica de proveito próprio ou alheio.

Prevalece que não há crime no chamado **peculato de uso,** o agente utiliza a coisa momentaneamente, com a intenção de devolvê-la à Administração Pública, por exemplo o Delegado

usa a viatura para fazer compras pessoas. Estará caracterizado, contudo, a improbidade administrativa (art. 9º, IV da LIA).

> *LIA Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:*
> *IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;*

5.7.6. Consumação

O peculato doloso (apropriação, desvio, furto) é crime material ou causal, consumando-se com a efetiva apropriação ou desvio ou subtração.

5.7.7. Peculato doloso e reparação do dano

A reparação do dano não exclui o peculato doloso e nem extingue a punibilidade do delito. Poderá configurar, contudo, arrependimento posterior (art. 16 do CP) ou uma atenuante (art. 65, III, "b", do CP).

Lembrar do §4º do art. 33 do CP:

> *Art. 33, § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais*

5.7.8. Tentativa

Trata-se de crime plurissubsistente, sendo possível a tentativa.

5.7.9. Ação penal

Será pública incondicionada.

5.8. PECULATO CULPOSO

5.8.1. Previsão legal e considerações

Está previsto no art. 312, §2º do CP.

> *Art. 312*
> *§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano.*

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo.

5.8.2. Conceito

Segundo Cleber Masson, "*é o concurso não intencional pelo funcionário público, realizado por ação ou omissão, mediante imprudência ou negligência, para a apropriação, desvio ou subtração de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel pertencente ao Estado ou sob sua guarda, por terceira pessoa*".

5.8.3. Requisitos

O peculato culposo depende de dois requisitos cumulativos, devem estar presentes simultaneamente. São eles:

a) Conduta culposa do funcionário público;

b) Prática de crime doloso por terceira pessoa, aproveitando-se da facilidade culposamente proporcionada pelo funcionário público.

Salienta-se que não há concurso de pessoas entre o funcionário público e conduta do agente que praticou o crime aproveitando-se da facilidade proporcionada. Além disso, deve ser praticado um crime doloso, não basta que seja causado um dano à Administração Pública.

5.8.4. Consumação e tentativa

Consuma-se o peculato culposo com a consumação do crime de outrem. Se o crime de outrem ficar na fase tentada, por nada responderá o agente público, uma vez que não existe tentativa em crime culposo.

Não admite tentativa, pois se trata de crime culposo.

5.8.5. Reparação do dano no peculato culposo

Observe a redação do §3ª do art. 312 do CP:

> *Art. 312*
> *§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se PRECEDE à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é POSTERIOR, reduz de metade a pena imposta.*

É um benefício exclusivo do peculato culposo.

Reparação ANTES da sentença irrecorrível	Reparação DEPOIS da sentença irrecorrível
Extingue a punibilidade	Diminuição de pena da metade. Aplicada pelo juiz da execução.

O agente tem até o trânsito em julgado para reparar, ou seja, pode fazê-lo até mesmo em grau recursal.

Aqui, o legislador penal conferiu verdadeiro tratamento de Direito Civil.

5.9. PECULATO-ESTELIONATO OU PECULATO MEDIANTE ERRO DE ALGUÉM

5.9.1. Previsão legal e considerações

Encontra-se previsto no art. 313 do CP.

> *Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:*
> *Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.*

Ocorre quando o funcionário, no exercício da função, recebe dinheiro ou qualquer utilidade, por erro EXCLUSIVO de outrem, fica quieto e se apropria da coisa (passa a agir como se dono fosse).

Exemplo: Contribuinte paga taxa a funcionário que não tem competência para receber tributos. O funcionário, mesmo ciente do erro do particular, silencia e se apropria do valor pago.

5.9.2. Sujeitos do crime

Ativo: Funcionário público para fins penais, abrangendo também os equiparados do art. 327.

Passivo: Administração precipuamente. Eventualmente, o particular lesado.

5.9.3. Núcleo do tipo

É apropriar-se de coisa recebida por erro de outrem

Art. 312 (peculato próprio: apropriação / desvio)	Art. 312, §1º (peculato impróprio: furto)	Art. 313 (peculato-estelionato)
Apropriar-se/desviar	Subtrair	Apropriar-se
Posse anterior	Não há posse anterior	Posse anterior
Posse legítima (em razão do cargo).	Posse ilegítima (fruto de subtração).	Posse ilegítima (fruto de erro).

Para configurar o art. 313, o erro deve ser espontâneo. Se o erro foi provocado pelo servidor, tratar-se-á de ESTELIONATO e não de peculato (o que prova que nem sempre o crime no exercício da função será funcional).

5.9.4. Elemento subjetivo

Dolo de se apropriar daquilo que sabe ser fruto de erro. Ou seja, quando percebe o erro, o funcionário não o desfaz, apropriando-se da coisa.

5.9.5. Consumação e tentativa

Consuma-se quando o agente, percebendo o erro, não o desfaz, agindo como se dono fosse. O crime pode se consumar somente depois de ele ter recebido a coisa.

Admite-se a tentativa. Ex.: Recebendo por erro, para registrar uma carta com valor, o funcionário postal, não competente para tal registro, é surpreendido quando está violando a carta.

5.10. PECULATO ELETRÔNICO

Está previsto nos arts. 313-A e 313-B.

Inserção de dados falsos em sistema de informações
Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações
Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

ART. 313-A (INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES)	ART.313-B (MODIFICAÇÃO NÃO AUTORIZADA EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES)
Sujeito ativo: Funcionário público autorizado a manejar o sistema de informações.	*Sujeito ativo*: Funcionário público, mesmo que não autorizado.
Sujeito passivo: Administração em geral, podendo com ela concorrer o particular prejudicado.	*Sujeito passivo*: Administração em geral, podendo com ela concorrer o particular prejudicado.
Conduta: Inserir ou facilitar a inserção de dados incorretos; alterar ou excluir dados corretos.	*Conduta*: Modificar ou alterar o sistema de informações.
Elemento normativo: Indevidamente.	*Elemento normativo*: Sem autorização da autoridade competente.
Objeto material: Dados do sistema. O sistema (software), em si, não é afetado.	*Objeto material*: O sistema ou programa de informática (software) que armazena os dados.
Tipo subjetivo: Dolo, com finalidade especial de obter vantagem indevida, para si ou para outrem, ou para causar dano. Sem finalidade especial, o fato é atípico.	*Tipo subjetivo*: Dolo, sem finalidade especial.
Consumação e tentativa: Crime formal. Consuma-se quando o agente insere dados incorretos ou facilita que outrem o faça, ou quando exclui ou altera dados corretos, independentemente da obtenção de vantagem indevida ou da ocorrência do dano. Admite a tentativa.	*Consumação e tentativa*: Crime formal. Consuma-se com a modificação ou alteração do sistema. O resultado naturalístico dispensável está previsto no parágrafo único (dano à Administração ou ao particular). Admite tentativa.

Equipara-se a uma falsidade ideológica: O documento (sistema) é verdadeiro, porém a ideia nele contida (dados) é falsa.	Equipara-se a uma falsidade material: O próprio documento é falso (sistema).
Pena: 02 a 12 anos. A doutrina critica essa desproporcionalidade.	*Pena:* 03 meses a 02 anos.

Que crime comete o funcionário NÃO AUTORIZADO que EXCLUI dados de sistema? Falsidade ideológica, pois insere ideia falsa (dados) em documento virtual (sistema). Ou seja, o agente falsifica a ideia de um documento.

José da Silva, funcionário público federal, altera dado verdadeiro, com o fim de receber vantagem indevida, em sistema informatizado da administração pública. Tipifique o crime. 313-A, que, aliás, absorve o 317§1º (corrupção passiva majorada = quem por exemplo tira uma multa de trânsito para receber propina).

6. CONCUSSÃO

6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

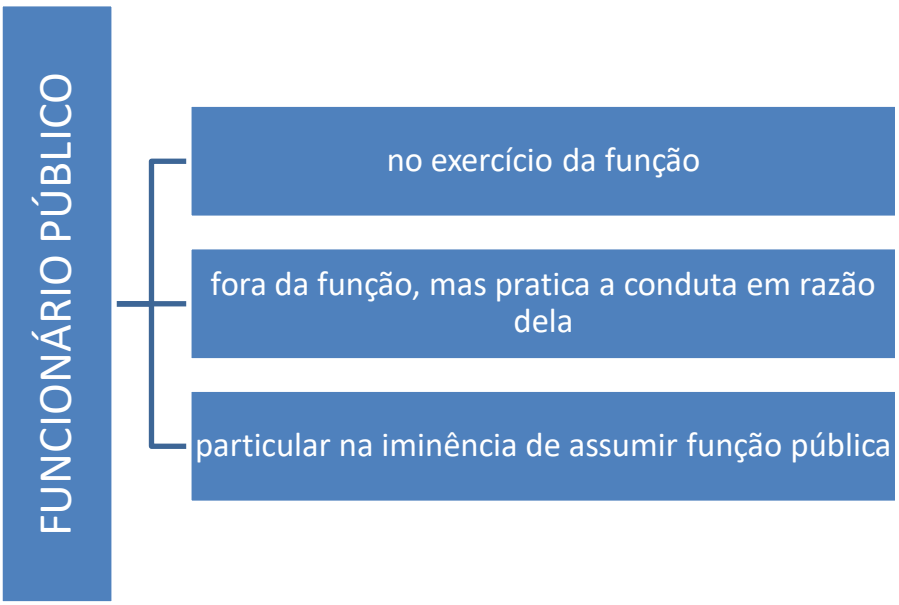
O crime de concussão está previsto no art. 316 do CP, teve seu preceito secundário (pena) alterado pelo Pacote Anticrime.

> *Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Trata-se de *novatio legis in pejus*, portanto só será aplicado para os crimes cometidos a partir da vigência do PAC: 23 de janeiro de 2020.

De acordo com a doutrina, a concussão é uma extorsão qualificada pela condição de funcionário público.

6.2. SUJEITO ATIVO



Salienta-se que a iminência estará caracterizada quando somente faltam etapas burocráticas para a investidura de particular já nomeado. Exemplo: Só falta data da posse; só falta diplomação etc.

É uma hipótese excepcional de crime funcional que pode ser praticado por particular.

O autor do crime de concussão é denominado CONCUSSIONÁRIO.

Se o sujeito ativo for fiscal de rendas, o crime passa a ser o do art. 3º, II da Lei 8.137/90, *in verbis*:

> *Lei 8.137/90*
> *Art. 3° Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):*
> *II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.*
> *Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.*

Atenção: Trata-se de crime funcional que não é contra a Administração Pública, mas sim contra a Ordem Tributária.

Se o sujeito ativo for militar, o crime passa a ser o do art. 305 do CPM (também denominado concussão).

> *CPM Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

Trata-se de um crime militar impróprio, de competência da Justiça Militar.

6.3. SUJEITO PASSIVO

Primário: Administração Pública.

Secundário: Particular constrangido pelo funcionário público. Pode, inclusive, ser até mesmo outro funcionário.

6.4. NÚCLEO DO TIPO

É "**exigir**", no sentido de coagir, impor, obrigar. Não se confunde com o mero pedido (solicitação), que gera o crime de corrupção ativa.

Capez/Greco: A exigência não pode estar atrelada à violência ou grave ameaça, sob pena de configurar o delito de extorsão. Não é necessária a promessa de um mal determinado; basta o temor que a autoridade pública inspira.

Crítica do Rogério: Quanto à violência tudo bem; realmente configura extorsão. Diferente ocorre no caso de grave ameaça, uma vez que essa faz parte da concussão. A exigência prevista na concussão tem contornos de grave ameaça; do contrário haveria mero pedido.

A exigência deve ser feita "**para si ou para outrem**", podendo, inclusive, reverter até mesmo para a Administração. Por exemplo, Delegado exige dinheiro para reformar a Delegacia. Poderá ser feita direta (exigência pessoal) ou indiretamente (feita por interposta pessoa, que será coautora). Além disso, poderá ser feita explícita (claramente) ou implicitamente (de forma velada, camuflada).

Prevalece que a "**vantagem indevida**" (elemento normativo) pode ser de qualquer natureza, até porque a concussão não se encontra no capítulo dos crimes contra o patrimônio. Embora parcela minoritária defenda que deve ser econômica.

Tratando-se de vantagem devida poderá haver o crime de excesso de exação (art. 316, §1º do CP), quando a exigência for tributo ou contribuição social. Ou, ainda, abuso de autoridade.

> *CP Art. 316*
> *§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:*
> *Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.*

A exigência deve se basear no temor que a autoridade causa na vítima. É imprescindível que o concussionário tenha competência ou atribuição para concretizar a ameaça proferida. Por exemplo, não configura concussão o crime praticado pelo inspetor de polícia que exige dinheiro para não instaurar inquérito contra a vítima. Essa conduta configura o crime de extorsão.

Médico atendendo pelo SUS cobra custo adicional

- Se o médico exigiu o custo adicional sob pena de não atender o paciente, trata-se de concussão.
- Se o médico apenas solicita a vantagem, haverá corrupção passiva.
- Se o médico simular ser devido custo adicional, tratar-se-á de estelionato.

6.5. ELEMENTO SUBJETIVO

Dolo, acrescido da finalidade especial de proveito próprio ou de terceiro da vantagem exigida.

6.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

É um crime formal, que se consuma com a mera exigência, dispensando a obtenção da vantagem (exaurimento).

Também se dispensa que a vítima se sinta coagida.

Admite-se a tentativa, na forma escrita. Ex.: Carta concessionária interceptada. O crime passa a ser plurissubsistente.

7. CORRUPÇÃO PASSIVA

7.1. PREVISÃO LEGAL

A corrupção passiva está disciplina no art. 317 do CP. Vejamos:

> *Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:*
> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.*
> *§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.*
> *§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.*

7.2. CONCEITO

Antigamente, chama-se a corrupção passiva de “peita” ou de “suborno”.

No Brasil, entende-se por corrupção a venalidade no desempenho da função pública. Necessariamente, depende do envolvimento de um funcionário público. Ainda não se criminaliza a corrupção em âmbito privado.

A corrupção poderá ser ativa ou passiva.

ATIVA	PASSIVA
Art. 333 do CP	Art. 317 do CP
Crime praticado por particular contra a Administração Pública	Crime praticado por funcionário público.

Perceba que se trata de uma exceção pluralista à teoria monista no concurso de pessoas, já que tanto o funcionário público quanto o particular contribuem para o mesmo resultado, mas responderão por crimes distintos.

7.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Protege-se a Administração Pública, no tocante à moralidade dos funcionários públicos.

7.4. OBJETO MATERIAL

Trata-se da vantagem indevida (proibida por lei).

Salienta-se que consiste em uma permuta entre a vantagem indevida e ação ou omissão favorável ao terceiro.

Não há vantagem indevida no mero reembolso de quantia utilizada pelo funcionário público, a exemplo da utilização de um Uber pelo oficial de justiça. Aqui, não há corrupção passiva. Por outro lado, caracteriza vantagem indevida o reembolso em valor exageradamente excessivo.

7.5. CORRUPÇÃO PASSIVA E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, dentre eles o crime de corrupção passiva.

7.6. ESPÉCIES DE CORRUPÇÃO PASSIVA

7.6.1. Própria e imprópria

PRÓPRIA	IMPRÓPRIA
O funcionário público negocia um **ato ilícito** em troca da vantagem indevida.	O funcionário público negocia um **ato lícito** em troca da vantagem indevida.
Deixa de multar motorista com documentação irregular.	Recebe para fazer a citação.

7.6.2. Antecedente e subsequente

ANTECEDENTE	SUBSEQUENTE
Primeiro o funcionário público negocia a vantagem indevida, para depois praticar ou deixar de praticar o ato.	A vantagem indevida refere-se a ato já praticado pelo funcionário público. .

7.7. NÚCLEO DO TIPO

"**Solicitar**" significa pedir algo. Por exemplo, o agente solicita dinheiro para cumprir mandado de prisão. Salienta-se que na concussão o funcionário público "**exige**".

"**Receber**" é entrar na posse do bem, ou seja, o funcionário público aceita a oferta do bem efetuada por outra pessoa. A iniciativa é do particular.

"**Aceitar a promessa**" o funcionário público concorda com a promessa do particular para praticar ou deixar de praticar.

Perceba que a corrupção passiva é um tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variável, assim a prática de dois ou mais núcleos contra o mesmo objeto material e obtém a mesma vantagem indevida, praticará um único crime.

As condutas de solicitar ou receber podem ser praticadas direta ou indiretamente.

Com a Nova Lei de Abuso de Autoridade a conduta de "carteirada" passou a ser crime.

CORRUPÇÃO PASSIVA	ABUSO DE AUTORIDADE
Há a permuta entre o ato de ofício e a vantagem indevida .	Não há a permuta entre o ato de ofício e a vantagem indevida.
Não paga a conta do restaurante e arquiva o IP contra o dono.	Não paga a conta do restaurante por ser Promotor de Justiça.

7.8. CONSUMAÇÃO

É crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, o tipo consuma-se quando o agente solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida. Nas condutas de solicitar ou aceitar, ainda que o agente não venha a receber a vantagem indevida, o crime estará consumado.

Além disso, pouco importa se o funcionário público praticou ou não o ato de ofício.

Por ser crime plurissubsistente, admite a tentativa.

7.9. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

O §1º do art. 317 prevê causa de aumento de pena. Observe:

> *Art. 317, § 1º - A pena é **aumentada de um terço**, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.*

O aumento só incide na corrupção passiva PRÓPRIA (em que o funcionário age contrariamente à lei ou deveres funcionais).

1º MOMENTO	2º MOMENTO
O agente solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida.	O agente deixa de praticar, retarda ou pratica com violação a dever funcional ato de ofício.
CRIME CONSUMADO	MAJORANTE

Ou seja, estamos diante de um "**post factum majorante**".

Imagine, por exemplo, que o funcionário público solicite dinheiro para não apreender veículo.

- No momento em que solicita, consuma-se o crime.
- No momento em que não apreende, incide a majorante.

OBS: Quando a prática do ato configurar crime autônomo não gera a majorante, para evitar "bis in idem". Ex.: Solicitação de dinheiro para excluir multas do sistema, seguida da efetiva exclusão. Resultado: Concurso material de crimes: art. 317 (corrupção passiva) + art. 313-A (peculato eletrônico).

7.10. CORRUPÇÃO PASSIVA PRIVILEGIADA

Prevista no §2º do art. 317 do CP. Vejamos:

> *Art. 317 § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, **cedendo a pedido ou influência de outrem**:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.*

São os famigerados favores administrativos, feitos por funcionário "quebra-galho". "Embargos auriculares".

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo.

ATENÇÃO: A corrupção passiva privilegiada (art. 317, §2º) não se confunde com a prevaricação (art. 319).

Art. 317, §2º: CORRUPÇÃO PASSIVA PRIVILEGIADA	Art. 319: PREVARICAÇÃO
O agente cede diante de pedido ou influência de outrem. Há Interferência externa.	O agente age espontaneamente. Não há interferência externa.
O agente não busca satisfazer interesse ou sentimento pessoal.	O agente busca satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

A corrupção privilegiada é um crime material; só se consuma quando o agente efetivamente pratica, retarda ou omite o ato de ofício.

E quem exerce a influência para que o "quebra-galho" deixe de praticar ato de ofício responde por algum crime? NÃO. Fato atípico.

8. CORRUPÇÃO ATIVA

8.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está prevista no art. 333 do CP. Observe:

> *Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:*
> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.*
> *Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.*

É crime realizado por particular contra a Administração Pública. Trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, não admite nenhum dos benefícios da Lei 9.099/95.

8.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Tutela-se a Administração Pública, em razão da ingerência indevida de particulares na condução da atividade administrativa.

8.3. OBJETO MATERIAL

Trata-se da vantagem indevida.

Destaca-se que a entrega da vantagem indevida diversa da pedida pelo funcionário público, não exclui do crime.

8.4. NÚCLEO DO TIPO

"**Oferecer**" é propor algo ao funcionário público.

"**Prometer**" é comprometer-se a entregar no futuro vantagem indevida ao funcionário público.

É tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variável, assim a prática de dois (oferecer e prometer) para o mesmo funcionário público caracteriza a um único crime. Além disso é crime de forma livre, admite qualquer meio de execução. Contudo, a conduta deve ser inequívoca, ou seja, a intenção do particular deve ficar clara.

A conduta do particular deve ser prévia ao ato de ofício.

Não haverá corrupção ativa e sim crime impossível quando o particular oferece vantagem indevida para pessoa que não poder para praticar o ato de ofício. Por exemplo, oferecimento de dinheiro para o estagiário não oferecer a denúncia.

Igualmente, não haverá corrupção ativa quando a vantagem indevida for oferecida para evitar prática de um ato abusivo ou ilegal. Nem no caso do famoso pedido de "jeitinho", embora possa caracterizar para o funcionário público corrupção passiva privilegiada. .

8.5. INCOMPATIBILIDADE DO CRIME DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO ATIVA

A concussão praticada por funcionário público exclui a corrupção ativa, tendo em vista que o particular foi obrigado a praticar a conduta.

8.6. SUJEITO ATIVO

É crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa direta ou indiretamente (haverá concurso de pessoas).

8.7. SUJEITO PASSIVO

Tem o Estado como sujeito passivo imediato, e a pessoa física ou jurídica prejudicada pela conduta criminosa (sujeito mediato).

A falta de identificação do funcionário público corrompido não exclui a corrupção ativa.

8.8. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, não se admite modalidade culposa. Além disso, reclama-se um elemento subjetivo específico: "para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício".

8.9. CONSUMAÇÃO

É crime formal, de consumação antecipada ou resultado cortado, consuma-se quando a vantagem indevida é oferecida ou prometida para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Pouco importa o recebimento da vantagem indevida e a prática ou não do ato de ofício.

8.10. TENTATIVA

Irá depender se o crime é plurissubsistente, no caso de uma carta, será possível; ou unissubsistente (não admite tentativa).

8.11. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Prevista no parágrafo único do art. 333 do CP, assemelha-se a causa de aumento da corrupção passiva.

> *Art. 333, Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.*

8.12. AÇÃO PENAL

Será pública incondicionada.

CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, salienta-se que reuniremos além do gênero “crimes praticados por particular contra a administração em geral” (a matéria do CP pertinente), a espécie crimes contra a ordem tributária (incluindo a 8137/90 e delitos previdenciários).

Os crimes a seguir estudados são os seguintes:

1) Art. 334 (descaminho)
2) Art. 334-A (contrabando)
3) Art. 168-A (apropriação indébita previdenciária)
4) Art. 297§2º E §3º (falsificação de documento a fazer prova perante a previdência)
5) Art. 337-A (sonegação de contribuição previdenciária).

2. DESCAMINHO

2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O delito de descaminho está previsto no art. 334 do CP. Inicialmente, o dispositiva contemplava o crime de descaminho e o crime de contrabando (agora no art. 334-A), mas foi modificado pela Lei 13.008/2014.

> *Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.*
> *§ 1º Incorre na mesma pena quem:*
> *I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;*
> *II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;*
> *III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;*
> *IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.*

> *§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.*
> *§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.*

Como a pena mínima é igual a 1 ano, o acusado pode ser beneficiado com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

2.2. NÚCLEO DO TIPO

Uma das acepções do verbo "iludir" é "frustrar". Esse é o sentido utilizado pelo tipo penal. Assim, iludir o pagamento do imposto significa "frustrar o pagamento do imposto".

O crime pode ocorrer em duas situações:

a) Quando a pessoa traz para o Brasil (importa) uma mercadoria permitida, mas, ao fazê-lo, engana as autoridades e com isso não paga (ilude) o imposto devido; ou

b) Quando a pessoa manda para fora do Brasil (exporta) uma mercadoria permitida, mas, ao fazê-lo, engana as autoridades e com isso não paga (ilude) o imposto devido.

Obs.: quando o tipo fala em imposto ou direito devido pelo "consumo de mercadoria" ele está se referindo ao Imposto sobre Produtos Industrializados. O IPI também é conhecido, por razões históricas, como "imposto sobre o consumo". Um dos fatos geradores do IPI é o desembaraço aduaneiro de produtos industrializados de procedência estrangeira (art. 46, I, do CTN).

Para que o crime ocorra, é necessário que o agente tenha agido de forma fraudulenta? SIM. Existe certa polêmica sobre o assunto, mas a posição majoritária é a de que o agente deverá ter atuado com fraude para iludir o pagamento do imposto devido. Veja esse trecho de julgado do STJ que tratou sobre o descaminho:

> *(...) A fraude pressuposta pelo tipo, ademais, denota artifícios mais amplos para a frustração da atividade fiscalizadora do Estado do que o crime de sonegação fiscal, podendo se referir tanto à utilização de documentos falsificados, quanto, e em maior medida, à utilização de rotas marginais e estradas clandestinas para sair do raio de visão das barreiras alfandegárias (...) (STJ. 5ª Turma. REsp 1376031/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 04/02/2014).*

Em sentido contrário, entendendo que o delito de descaminho não exige a fraude: BALTAZAR JR., José Paulo. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399.

2.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico protegido é o interesse do Estado na arrecadação dos tributos (Imposto de importação, de exportação e imposto sobre produtos industrializados).

2.4. SUJEITO ATIVO

Trata-se de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Além disso, para a configuração do descaminho previsto no caput, o agente não precisa ser comerciante.

O delito admite coautoria, como na situação daquele que fornece o dinheiro para que um terceiro lhe traga as mercadorias do exterior iludindo o pagamento do imposto. Nesse caso, ambos responderão como autores, sendo o proprietário o autor funcional (BALTAZAR JR., José Paulo. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 395).

É admitida a participação, como no caso do 'batedor', que vai dirigindo outro veículo na frente do automóvel que transporta as mercadorias para avisar quando há postos de fiscalização.

De igual forma, é considerado partícipe o 'olheiro', pessoa encarregada de avisar, por telefone celular, os lojistas quando a equipe de fiscalização está chegando no local da "feira". Nesse sentido: BALTAZAR JR., p. 395.

Se o agente é funcionário público e facilita a prática do descaminho, infringindo seu dever funcional, ele responderá pelo crime do art. 318 do CP e o particular pelo art. 334. Trata-se de uma exceção pluralista à teoria monista prevista no art. 29 do CP.

2.5. SUJEITO PASSIVO

O Estado (mais especificamente a União, considerando que os impostos devidos nas operações de importação e exportação são federais).

2.6. ELEMENTO SUBJETIVO

2.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime se consuma com a simples conduta de iludir o Estado quanto ao pagamento dos tributos devidos quando da importação ou exportação de mercadorias.

O descaminho é crime tributário FORMAL. Logo, para que seja proposta ação penal por descaminho não é necessária a prévia constituição definitiva do crédito tributário. Não se aplica a Súmula Vinculante 24 do STF.

Ressalta-se que, conforme entente do STF, é dispensada a existência de procedimento administrativo fiscal com a posterior constituição do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho, tendo em conta sua natureza formal.

É possível a tentativa.

2.8. EMPREGO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA OU MATERIAL

Se o agente, para iludir as autoridades, faz declaração ideologicamente falsa (ex: declara ao auditor fiscal que não está trazendo do exterior nenhuma mercadoria sujeita à tributação), responderá apenas pelo crime de descaminho se a declaração falsa foi feita com o exclusivo fim de iludir o pagamento do tributo.

Aplica-se o princípio da consunção, considerando que a declaração falsa foi apenas o meio necessário para a prática do descaminho. Logo, nesse contexto, a falsidade fica absorvida pelo descaminho. STJ. 5ª Turma. RHC 31.321-PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 16/5/2013 (Info 523).

A mesma solução acima (princípio da consunção) deverá ser aplicada no caso de uso de documento materialmente falso.

2.9. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O descaminho é considerado um crime contra a ordem tributária. Logo, deverá ser aplicado o princípio da insignificância se o montante do imposto que deixou de ser pago era igual ou inferior a 20 mil reais.

2.10. FIGURAS EQUIPARADAS

O § 1º do art. 334 prevê condutas equiparadas a descaminho. Em outras palavras, são situações nas quais o agente não é punido por ter importado ou exportado mercadoria iludindo o pagamento de imposto, mas sim por ter praticado uma conduta relacionada com a prática de descaminho.

As figuras previstas no § 1º do art. 334 do CP são chamadas de "descaminho por assimilação".

A redação dos incisos do § 1º do art. 334 permaneceu praticamente a mesma. A única alteração promovida pela Lei n. 13.008/2014 é que a menção ao crime de contrabando saiu desse § 1º do art. 334 e foi para o § 1º do art. 334-A do CP.

2.10.1. I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei

Segundo o art. 2º, IX, da Lei n. 9.432/97, navegação de cabotagem é aquela "realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores".

Em linguagem mais simples, na navegação de cabotagem os navios e demais embarcações, utilizando a via marítima ou vias navegáveis interiores, transportam cargas entre portos localizados dentro do país.

Se o transporte for feito entre dois portos fluviais, não será considerado navegação de cabotagem, e sim navegação interior.

A navegação de cabotagem é regulamentada em lei e somente pode ser realizada nos casos ali previstos. A preocupação do legislador foi de que, se ela é feita sem controle, pode gerar o não pagamento de impostos.

2.10.2. II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho

É o caso do art. 39 do Decreto-Lei 288/67.

2.10.3. III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem

Esse inciso pune a pessoa que pratica qualquer atividade comercial ou industrial envolvendo mercadoria de procedência estrangeira, que foi trazida para o Brasil de forma clandestina (sem que as autoridades soubessem) ou fraudulenta (enganando as autoridades).

Salienta-se que o inciso pune tanto o agente que foi o responsável pela introdução da mercadoria, como também o agente que não trouxe a mercadoria, mas que sabe que houve uma importação clandestina ou fraudulenta.

Ademais, se a mercadoria introduzida é proibida no Brasil ou, para ser trazida, depende de registro, análise ou autorização de órgão público competente, nesse caso o crime será o de contrabando (art. 334-A, § 1º, II) ou algum outro crime mais específico (ex: tráfico de drogas). Assim, no caso desse inciso III, a mercadoria introduzida deve ser permitida no Brasil.

2.10.4. IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

Trata-se de uma forma específica de receptação (art. 180 do CP). Se a pessoa aceita adquirir, receber ou ocultar, no exercício e atividade comercial ou industrial, uma mercadoria de procedência estrangeira sem os documentos que atestam que ela foi introduzida regularmente ou com documentos falsos, essa pessoa está fomentando o crime de descaminho.

Este inciso pune a pessoa que pratica atividade comercial ou industrial envolvendo mercadoria de procedência estrangeira, que foi trazida para o Brasil de forma clandestina (sem que as autoridades soubessem) ou fraudulenta (enganando as autoridades).

2.11. CAUSA DE AUMENTO

Prevista no §3º do art. 344 do CP:

> *Art. 344, § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.*

IMPORTANTE. Alteração praticada pela Lei 13.008/2014:

a) Antes: a pena aumentava apenas no caso de transporte aéreo.

b) Agora: a pena é aumentada nos casos de transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

3. CONTRABANDO

3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

O contrabando está disciplinado no art. 334-A do CP. Vejamos:

> *Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.*
> *§ 1º Incorre na mesma pena quem:*
> *I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;*
> *II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;*
> *III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;*
> *IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;*
> *V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.*
> *§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.*
> *§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.*

O art. 334-A foi incluído ao Código Penal pela Lei 13.008/2014. Antes da alteração, o delito de contrabando era previsto na primeira parte do art. 334. A redação da conduta típica permaneceu a mesma.

Como a pena mínima é superior a 1 ano, o acusado não pode mais ser beneficiado com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

3.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

É a moralidade administrativa, a saúde e a segurança pública.

O bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, alcançando também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 342.598/PR, j. em 05/11/2013).

3.3. NÚCLEO DO TIPO

O crime pode ocorrer em duas situações:

a) Quando a pessoa traz para o Brasil (importa) uma mercadoria proibida; ou

b) Quando a pessoa manda para fora do Brasil (exporta) uma mercadoria proibida.

3.4. SUJEITOS

Sujeito ativo: pode ser praticado por qualquer pessoa (crime comum).

Sujeito passivo: Estado.

3.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o Dolo (não admite forma culposa).

Crime residual: o contrabando tem natureza genérica ou residual, ou seja, somente será aplicado quando a importação ou exportação de mercadoria proibida não configurar algum outro crime mais específico (MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. Vol. 3. 2014, p. 771).

Ex1: se a pessoa importa ou exporta droga (que é uma mercadoria proibida), pratica o crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e não o delito de contrabando.

Ex2: se a pessoa importa ou exporta arma de fogo proibida, pratica o crime do art. 18 da Lei n.10.826/2003, e não o delito de contrabando.

3.6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

É inaplicável o princípio da insignificância ao crime de contrabando, uma vez que o bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, alcançando também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 342.598/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 05/11/2013). O caso mais comum e que pode cair na sua prova é o de contrabando de cigarros.

3.7. FIGURAS EQUIPARADAS

O § 1º do art. 334-A prevê condutas equiparadas a contrabando. Em outras palavras, são situações nas quais o agente não é punido por ter importado ou exportado mercadoria proibida, mas sim por ter praticado uma conduta relacionada com a prática de contrabando.

As figuras previstas no § 1º do art. 334-A do CP são chamadas de “contrabando por assimilação”.

Esse § 1º foi inserido pela Lei n. 13.008/2014. Algumas situações já eram previstas no § 1º do art. 334 e foram apenas transpostas para o art. 334-A. Outras, contudo, são novidade.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

3.7.1. I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

Mesma redação que já era adotada no § 1º do art. 334 antes da Lei n. 13.008/2014.

Exemplo de fato assimilado: o art. 39 do Decreto-Lei n. 288/67, que trata sobre a Zona Franca de Manaus, prevê que “será considerado contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes.”

3.7.2. II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

Existem determinadas mercadorias que, pelo seu potencial de nocividade à saúde, ao meio ambiente ou a segurança, precisam ser previamente analisadas, autorizadas e registradas para que possam ser importadas ou exportadas. Ex.: para que cigarros estrangeiros sejam trazidos para o Brasil, é necessário que eles tenham sido previamente analisados e registrados pela ANVISA e Receita Federal.

Caso o agente importe ou exporte mercadoria que dependa desse registro e sem que ele tenha sido obtido, pratica o crime previsto nesse inciso.

ATENÇÃO. A redação do inciso II foi uma novidade da Lei n. 13.008/2014. Isso significa que essa conduta somente passou a ser crime agora? NÃO. Apesar de essa redação não existir antes da Lei n. 13.008/2014, tal conduta já era punida com base no caput do art. 334. Isso porque a mercadoria que depende de registro, análise ou autorização, enquanto não cumprir essa formalidade, não pode ser importada ou exportada. Assim, a mercadoria sem registro, análise ou autorização é uma mercadoria cuja importação ou exportação é proibida. Logo, mesmo que não houvesse esse inciso II, essa conduta já seria punida pelo caput do art. 334-A. Em suma, esse inciso II apenas reforça a incriminação.

3.7.3. III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

Existem determinadas mercadorias produzidas no Brasil, mas que só podem ser vendidas no mercado exterior, ou seja, destinam-se exclusivamente à exportação.

Se o agente traz para o Brasil uma mercadoria nacional que estava no exterior porque se destina à exportação, ele praticará o crime do inciso III.

ATENÇÃO. A redação do inciso III foi uma novidade da Lei n. 13.008/2014. Isso significa que essa conduta somente passou a ser crime agora? NÃO. Apesar de essa redação não existir antes da Lei n. 13.008/2014, tal conduta já era punida com base no caput do art. 334. Isso porque a mercadoria brasileira destinada à exportação tem a sua venda proibida no Brasil e não pode ser reinserida no mercado nacional. Logo, mesmo que não houvesse esse inciso III, essa conduta já seria punida pelo caput do art. 334-A. Em suma, esse inciso III apenas reforça a incriminação.

3.7.4. IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

Esse inciso pune a pessoa que pratica atividade comercial ou industrial envolvendo mercadoria proibida.

Repare que o inciso IV não exige que a mercadoria proibida seja de procedência estrangeira, nem que tenha sido objeto de importação ou exportação. Desse modo, se a mercadoria proibida for nacional e não se destinar à exportação, a competência será da Justiça Estadual. Ao contrário, será julgado pela Justiça Federal se a mercadoria for de procedência estrangeira ou for de origem brasileira, mas destinada à exportação.

ATENÇÃO. A redação do inciso IV foi uma novidade da Lei n. 13.008/2014. Antes, contudo, essa conduta já poderia ser punida com base no caput do art. 334 ou por força de outras leis específicas (ex: Lei de Drogas, Estatuto do Desarmamento etc.).

3.7.5. <u>V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.</u>

Trata-se de uma forma específica de receptação (art. 180 do CP).

Repare que o inciso V não exige que a mercadoria proibida seja de procedência estrangeira, nem que tenha sido objeto de importação ou exportação. Desse modo, se a mercadoria proibida for nacional e não se destinar à exportação a competência será da Justiça Estadual. Ao contrário, será julgado pela Justiça Federal se a mercadoria for de procedência estrangeira ou for de origem brasileira, mas destinada à exportação.

ATENÇÃO. A redação do inciso V foi uma novidade da Lei n. 13.008/2014. Antes, contudo, essa conduta já poderia ser punida com base no caput do art. 334 ou por força de outras leis específicas (ex: Lei de Drogas, Estatuto do Desarmamento etc.).

3.8. CAUSA DE AUMENTO

Art. 334-A, § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

IMPORTANTE. Alteração praticada pela Lei 13.008/2014:

Antes: a pena aumentava apenas no caso de transporte aéreo.

Agora: a pena é aumentada nos casos de transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

3.9. CONTRABANDO x DESCAMINHO

DESCAMINHO	CONTRABANDO
"Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria"	"Importar ou exportar mercadoria proibida
Corresponde à entrada ou à saída de produtos PERMITIDOS, todavia elidindo o pagamento do imposto devido. É a fraude utilizada para iludir, total ou parcialmente, o pagamento de impostos de importação ou exportação.	Corresponde à conduta de importar ou exportar mercadoria PROIBIDA. Obs.: essa proibição pode ser absoluta ou relativa.
APLICA-SE o princípio da insignificância se o valor do tributo cujo pagamento foi iludido não superar 20 mil reais (para o STF e STJ)	É INAPLICÁVEL o princípio da insignificância.
Admite suspensão condicional do processo (a pena é de 1 a 4 anos).	NÃO admite suspensão condicional do processo (a pena é de 2 a 5 anos).

3.10. FALHA LEGISLATIVA

Como vimos, o contrabando agora não mais está previsto no art. 334, mas sim no art. 334-A do CP. Diante disso, constata-se que houve uma falha do legislador. Isso porque a Lei 13.008/2014 deveria ter alterado também o art. 318 do CP, que tem a seguinte redação:

> *Facilitação de contrabando ou descaminho*
> *Art. 318. Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):*
> *Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa*

A Lei n. 13.008/2014 deveria ter atualizado a redação para separar o descaminho (art. 334) do contrabando (art. 334-A).

Apesar disso, Márcio Cavalcante entende que a pessoa que facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando, continua respondendo pelo crime do art. 318 do CP. Isso porque o tipo penal do art. 318 fala em contrabando, sendo a menção ao art. 334 meramente explicativa. O crime de contrabando continua existindo, no entanto, agora no art. 334-A do CP. Não houve abolitio criminis, mas sim continuidade normativo-típica

4. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está prevista no art. 168-A do CP. Vejamos:

> *Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:*
> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*
> *§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:*
> *I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;*
> *II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)*
> *III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.*
> *§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*
> *§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:*
> *I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou*

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.
§ 4º A faculdade prevista no § 3º deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018)

Não são cabíveis nenhum dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95. Admite-se, contudo, o acordo de não persecução penal.

4.2. NÚCLEO DO TIPO

A conduta ocorre quando o empregador deixa de repassar ao INSS as contribuições descontadas da remuneração de seus funcionários.

L.9.983/00	
ANTES	**DEPOIS**
1) Art. 95 da L.8.212/91 →	art. 168-A CP (Apropriação Indébita Previdenciária)
	art. 337-A CP (Sonegação de Contribuição Previdenciária)

O art. 168-A foi colocado no CP pela Lei 9.983/00. Entretanto, esse delito já era previsto na Lei 8.212/91 (art. 95). Houve apenas a migração da Lei especial para o CP. Trata-se, aqui, de aplicação do princípio da continuidade normativo típica.

Estes crimes são punidos porque a CF/88 previu que o Brasil é um Estado Democrático e SOCIAL de Direito, ou seja, significa que o Brasil deverá ter um sistema de seguridade firme e eficaz, através dos arts. 194 e 195 CF/88. Posteriormente, o sistema penal regulamentou a matéria da seguridade, com o intuito de proteger a Previdência (L.8.212/91 e L. 9983/00).

De acordo com a doutrina, o art. 168-A CP deveria estar na legislação penal extravagante e já que foi posto no CP deveria estar em outro Título – Dos Crimes Contra a Administração da Justiça e não no Título Dos Crimes contra o Patrimônio.

Questiona-se a constitucionalidade do delito justificando se é mera dívida junto à União, passível de prisão (prisão por dívida não autorizada pela CF/88). O STF e o STJ já negaram a inconstitucionalidade não se tratando de prisão por dívida, por pena privativa de liberdade, mas pela prática de crime contra a Seguridade Social, sob o fundamento do art. 7º,X CF/88.

4.3. APROPRIAÇÃO INDÉBITA x APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Art. 168 (Apropriação indébita)	Art. 168-A (Apropriação indébita previdenciária)
Crime patrimonial	Crime contra a ordem tributária
Conduta: Apropriar-se.	Conduta: Deixar de repassar (veja que não exige o "apropriar-se", apenas o não repassar)
Crime material	Crime formal* (não exige o resultado)
Crime comissivo	Crime omissivo próprio
Há finalidade especial (dolo específico) de tornar-se dono da coisa: *animus rem sibi habendi*.	Não há finalidade especial de tornar-se dono da coisa. Não há necessidade do *animus rem sibi habendi.*
Tipo *incongruente/assimétrico:* é aquele em que não há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. Caracteriza-se pela presença de um especial fim de agir.	*Tipo congruente/simétrico*: Há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. Caracteriza-se pela ausência de um especial fim de agir.

4.4. SUJEITOS

a) Sujeito Ativo = é o responsável tributário, ou seja, aquele que por lei está obrigado a passar a contribuição à União recolhida dos contribuintes.

b) Sujeito Passivo = é a União.

4.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, consubstanciado na vontade consciente de deixar de repassar à Previdência Social os valores de contribuições recolhidas dentro do prazo e forma legal.

Quanto à exigência de finalidade específica (intuito de fraudar a Previdência Social) há divergência, prevalecendo ser dispensável.

> *Para a caracterização do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária (art. 168-A do CP), não há necessidade de comprovação do "dolo específico" de se apropriar de valores destinados à previdência social.*
> *STJ. 6ª Turma. AgRg no Ag 1083.417-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/6/2013 (Info 526).*
> *STJ. 3ª Seção. EREsp 1296631-RN, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/9/2013 (Info 528).*

4.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Para a maioria, o crime é formal, consumando-se com o não repasse, dispensando o enriquecimento do agente ou dano efetivo de prejuízo da União.

Contudo, o STF já decidiu que se trata de crime é material exigindo a lesão (traz exceção do crime omissivo puro material).

Relevância desse entendimento: A partir do momento em que o crime contra a ordem tributária é material, ele depende do exaurimento do processo administrativo para ter configurada

sua tipicidade. Assim, pendente recurso administrativo em que se discute a exigibilidade do tributo, é inviável tanto a propositura da ação penal quanto a instauração de inquérito policial (SV 24).

> *SÚMULA VINCULANTE Nº 24 não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos i a iv, da lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.*

Rogério Greco: é crime de mera conduta.

OBS: A apropriação indébita previdenciária, ao contrário da grande maioria dos crimes contra a ordem tributária, não depende do emprego de fraude ou de falsificação de informações (STJ REsp. 556.147)

Admite-se tentativa?

● se o crime é omissivo puro → é unissubsistente e por isso não admite tentativa; PREVALECE

● se o crime é de conduta mista → admite tentativa (ele pode recolher e antes de obtê-lo para si, ele é repreendido).

Grande parte da doutrina entende que o art. 168-A CP é crime omissivo puro (ou omissão própria), em razão do "... deixa de repassar à Previdência". Já para uma corrente minoritária (LFG), é crime de conduta mista, pois primeiro ele age recolhendo e depois se omite não repassando

4.7. FORMAS EQUIPARADAS

Estão previstas no §1º do art. 168-A do CP:

> *CP Art. 168-A*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*
> *§ 1o Nas mesmas penas incorre quem deixar de:*
> *I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;*
> *II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;*
> *III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.*

§1º, art. 168-A CP	"caput" do art. 168-A CP
1) Sujeito Ativo = é o contribuinte-empresário que deve recolher a contribuição arrecadada do segurado.	1) Sujeito Ativo = é o substituto tributário (Ex.: Lotérica, gerente de banco). Ex.: A lotérica ao receber a guia do profissional liberal não repassa à Previdência.

Na hipótese do §1º, art. 168-A CP, o sujeito ativo por praticar o crime de três modos:

I) o empregado paga, o contribuinte-empresário recolhe a contribuição e não faz o repasse;

II) Muito comum em produção rural, em que o produto agrícola embute no seu valor a contribuição social e ao seu pago, o empresário-contribuinte não repassa a contribuição social à Previdência.

Obs.: Tanto no inciso I e II, o contribuinte-empresário pega o dinheiro do contribuinte e não repassa à Previdência.

III) A Previdência paga os benefícios e o contribuinte-empresário não repassa ao beneficiário (caminho oposto aos incisos I e II).

4.8. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Encontra-se prevista no art. 168-A, §2º do CP. Observe:

> *Art. 168, § 2º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

Conforme ensina Rogério Sanches, antes do advento da Lei 9.983/2000, aplicava-se o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, que extinguia a punibilidade em relação ao agente que efetuasse o pagamento em momento anterior ao recebimento da denúncia. Depois da referida Lei, aplicando-se o § 2° do art. 1 68-A, somente ocorria a extinção da punibilidade se:

a) O agente declara e confessa a dívida (autodenúncia);

b) Efetuando, espontaneamente (sem a intervenção de fatores externos), o pagamento do tributo devido160;

c) Antes do início da execução fiscal.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE PF (2018): Pedro é o responsável pelo adimplemento das contribuições previdenciárias de uma empresa de médio porte. Nos meses de janeiro a junho de 2018, a empresa entregou a Pedro o numerário correspondente ao valor das contribuições previdenciárias de seus empregados, mas Pedro, com dolo, deixou de repassá-lo à previdência social. Pedro é primário e de bons antecedentes. Nessa situação hipotética, a punibilidade de Pedro será extinta se, antes do início da ação fiscal, ele declarar, confessar e efetuar o recolhimento das prestações previdenciárias, espontaneamente e na forma do regulamento do INSS. Correto!

Com o aparecimento da Lei 1 0.684/2003 (Lei do PAES), entendeu o STF que o pagamento de tributo - inclusive contribuições previdenciárias - realizado a qualquer tempo, gerava a extinção da punibilidade, nos termos do seu art. 9°, § 2°.

A política de parcelamento extintivo da punibilidade foi novamente prevista na Lei 11.941/2009:

> *Art. 69: "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 [arts. 1° e 2° da Lei 8.137/90 e arts. 1 68-A e 337-A do CP] quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento".*

Menciona, ainda, Rogério Sanches que: "*o STF já decidiu que a Lei n° 12.382/11 convive com o art. 9°, § 2°, da Lei n° 10.684/03. Julgando habeas corpus em processo que apurava sonegação fiscal, o relator esclareceu que o impetrante buscava ver declarada extinta a punibilidade, considerado o pagamento integral de débito tributário constituído. No writ, fez referência ao voto externado no exame da AP 516 ED/DF, segundo o qual a Lei 1 2.382/11, que trata da extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetaria o disposto no § 2° do art. 9° da Lei 1 0.684/2003, o qual preveria a extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito a qualquer tempo. O relator ressalvou entendimento pessoal de que a quitação total do débito, a permitir que fosse reconhecida causa de extinção, poderia ocorrer, inclusive, posteriormente ao trânsito em julgado da ação penal. (HC 116.828/SP, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 22/08/2013)*"

Por fim, o STJ possui entendimento de que mesmo a quitação posterior ao trânsito em julgado pode beneficiar o agente, tendo em vista que não se estabelece limite temporal na Lei 10.604/03.

4.9. PERDÃO JUDICIAL

O §3º do art. 168-A traz as hipóteses de perdão judicial.

> *Art. 168-A, § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:*
> *I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou*
> *II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.*

Salienta-se que se for antes o início da ação fiscal, caberá a extinção da punibilidade prevista no §1º; se for após ação fiscal e antes da denúncia, este artigo; se for depois de oferecida a denúncia, arrependimento posterior.

Veja como **já foi cobrado**:

CESPE PF (2018): Pedro é o responsável pelo adimplemento das contribuições previdenciárias de uma empresa de médio porte. Nos meses de janeiro a junho de 2018, a empresa entregou a Pedro o numerário correspondente ao valor das contribuições previdenciárias de seus empregados, mas Pedro, com dolo, deixou de repassá-lo à previdência social. Pedro é primário e de bons antecedentes. Nessa situação hipotética, caso o repasse das contribuições previdenciárias ocorra após o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia, o juiz poderá deixar de aplicar a pena ou aplicar apenas a multa. Correto!!

Por fim, a Lei 13.606/2018 incluiu o §4º ao art. 168-A prevendo que não se aplica o perdão judicial os casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

> *Art. 168-A, § 4º A faculdade prevista no § 3o deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o*

> *mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018)*

5. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

5.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está previsto no art. 171, §3º do CP.

> *Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:*
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.*
> *[...]*
> *§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.*

Apesar de crime patrimonial, na maioria dos casos esse crime terá como vítima o INSS, nos termos da Súmula 24 do STJ, in verbis:

> *STJ Súmula: 24 Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da previdência social, a qualificadora do § 3º, do art. 171 do Código Penal.*

5.2. NATUREZA DO CRIME DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL

O clássico exemplo desse crime envolve o recebimento de algum benefício de maneira indevida, com base em documentos falsos.

Exemplo: Uma pessoa apresenta atestado falso junto ao INSS em janeiro de 2014. Em fevereiro de 2014, começar a receber mensalmente um benefício previdenciário.

Pergunta-se: Quando se consuma esse crime? Duas correntes predominam:

1ª C: O crime é instantâneo de efeitos permanentes. O crime se consuma com o recebimento da primeira vantagem indevida. Os demais recebimentos nada mais são do que exaurimento do crime.

2ª C: O crime é permanente, ou seja, a consumação se prolonga durante todo o tempo de recebimento indevido. A cada benefício a consumação é prolongada.

Terceiro que implementa a fraude para que pessoa diferente receba o benefício: crime instantâneo de efeitos permanentes. Para o terceiro a prescrição começa a contar a partir do 1º pagamento.

Beneficiário: trata-se de crime permanente. A prescrição só começa a contar do momento em que cessar o pagamento do benefício.

Ainda existem outras duas correntes:

3ª C: Crime continuado. As vantagens obtidas fraudulentamente prescrevem individualmente.

Não esquecer: A pena a ser usada no cálculo da prescrição retroativa é a pena da sentença, subtraído o quantum de acréscimo decorrente da continuidade (Súmula 497 do STF).

> *STF Súmula 497 quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.*

Em outras palavras: não se inclui o acréscimo do crime continuado para cálculo da prescrição. Ver Penal Geral. Prescrição e Concurso de crimes.

Muitos Procuradores da República utilizam esta corrente (art. 71).

4ª C: Concurso formal (LFG). Uma única ação, que resulta em várias vantagens patrimoniais, sendo que cada vantagem é um crime.

6. FALSIDADE DE DOCUMENTOS DESTINADOS À PREVIDÊNCIA

6.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está previsto no art. 297 do CP, Vejamos:

> *Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:*
> *Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.*
> *§ 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.*
> *§ 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.*
> *§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:*
> *I - na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;*
> *II - na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;*
> *III - em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.*
> *§4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3o, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.*

O exemplo mais comum é a declaração de informações falsas na Carteira de Trabalho, a fim de subtrair a contribuição social mensal.

Não se admite os benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95. Possível acordo de não persecução penal.

6.2. ESPÉCIES DE FALSIDADE

FALSIDADE MATERIAL (ART. 297/298 CP)	FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299)
Recai sobre o aspecto externo do documento. Ex.: Carteira de identidade com foto trocada.	O documento existe, é verdadeiro, porém seu conteúdo intelectual é falso. Ex.: acima
Pode ser praticada na forma de falsificação integral do documento, ou de alteração de documento preexistente. Somente se pratica comissivamente.	Pode ser praticada comissiva (inserindo informação falsa) ou omissivamente (deixando de inserir informação verdadeira).
O agente não tem legitimidade para criar o documento.	O agente tem legitimidade para elaborar o documento.
Exige exame pericial.	A prova se dá testemunhalmente. Até porque o exame pericial comprovaria o que já se sabe: o documento em si, é verdadeiro.

6.3. FALSIDADE IDEOLÓGICA EM CONCURSO COM CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

O agente falsifica declaração de imposto de renda, a fim de sonegar. Ele é pego na malha fina e acaba pagando o tributo. Esse pagamento extingue a punibilidade do crime tributário. E quanto ao crime de falso?

Para o STJ, como o crime fiscal absorve o delito de falsidade nessa hipótese (Súmula 17 do STJ), efetuado o pagamento do tributo devido, não haverá justa causa para a ação penal pelo crime de falsidade (STJ HC 94.452).

7. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

7.1. PREVISÃO LEGAL

Está disciplinado no art. 337-A do CP.

> *Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*
> *I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;*
> *II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;*
> *III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:*

> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*
> *§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*
> *§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:*
> *I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)*
> *II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.*
> *§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.*
> *§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.*

Ao contrário do 168-A (apropriação indébita previdenciária), tem como emprego da fraude uma de suas elementares.

Esse delito se assemelha bastante aos crimes tributários da Lei 8.137/90. O agente deixa de registrar o trabalhador para pagar menos contribuições previdenciárias.

7.2. CONSUMAÇÃO

É crime material, consuma-se somente com a supressão ou redução, ainda que parcial.

7.3. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A crise financeira pode funcionar como causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa somente em hipóteses excepcionais, e desde que haja prova documental.

7.4. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Perceber que a mesma extinção é prevista para a apropriação indébita previdenciária, art. 168-A.

> *Art. 337-A*
> *§ 1o É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

7.5. PERDÃO JUDICIAL

> *Art. 337-A, § 2o É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:*

I – (VETADO)
II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Esse inciso atualmente tem seu conteúdo esvaziado, devido ao princípio da insignificância, isso porque sequer chegaríamos à sentença. A insignificância excluirá o fato típico, a análise para por aí.

Perceber que esse dispositivo de extinção de punibilidade/perdão judicial é bem parecido com o do 168-A.

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

1. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

1.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

A denunciação caluniosa, também chamada de calúnia qualificada, está tipificada no art. 339 do CP. Vejamos:

> *Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (**Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020**):*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*
> *§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.*
> *§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.*

A Lei 14.110/2020 alterou a redação do *caput* do art. 339 do CP, observe o quadro comparativo feito pelo Professor Márcio Cavalcante[17]:

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA	
Redação anterior do CP	Redação dada pela Lei 14.110/2020
Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:	Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente:
Dar causa à instauração de: · investigação policial; · processo judicial · investigação administrativa; · inquérito civil; ou · ação de improbidade administrativa ... contra alguém, imputando-lhe ... crime ... de que o sabe inocente**:**	Dar causa à instauração de: · **inquérito** policial; · **procedimento investigatório**; · processo judicial · **processo administrativo disciplinar**; · inquérito civil; ou · ação de improbidade administrativa ... contra alguém, imputando-lhe ... crime, **infração ético-disciplinar ou ato ímprobo** ... de que o sabe inocente:

17 https://www.dizerodireito.com.br/2020/12/comentarios-lei-141102020-que-altera-o.html

Não admite nenhum dos institutos despenalizadores, caso incida a causa de diminuição de pena (§2º) será possível a suspensão condicional do processo. É possível acordo de não persecução penal.

1.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Tutela-se o regular andamento da administração da justiça, tendo em vista é impulsionada inútil e criminosamente. Secundariamente, tutela-se a honra da pessoa ofendida.

Já vimos no estudo do crime de calúnia, mas reiteramos que a denunciação caluniosa e a calúnia não se confundem. Observe:

	ART. 138 CALÚNIA	ART. 339 DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – "CALÚNIA QUALIFICADA"
MEIO	Ofensa à honra.	Ofensa à honra.
FIM	Ofensa à honra.	Ferir a administração da justiça.
EXEMPLO	O agente afirma que "Fulano assaltou o banco do Brasil".	O agente afirma que "Fulano assaltou o banco do Brasil." para um delegado, querendo e buscando a instauração de um procedimento injusto e criminoso.

Perceba que a denunciação caluniosa é um ***crime progressivo***, tendo em vista que para o agente atingir a finalidade desejada, necessariamente terá que passar por um crime de calúnia.

1.3. SUJEITO ATIVO

A denunciação caluniosa pode ser praticada por qualquer pessoa, trata-se de um crime comum.

Rogério Sanches afirma que: "*antes, as autoridades titulares dos procedimentos elencados no tipo eram sujeitos ativos, mas, com a entrada em vigor da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), esta possibilidade se torna remota, pois o art. 30 pune a conduta de dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem se sabe inocente. Caso demostrado que o agente público atuou com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou ainda, por mero capricho pessoal, a conduta deve se subsumir ao abuso de autoridade no lugar da denunciação caluniosa. O Promotor de Justiça, por exemplo, que denunciar alguém sem justa causa fundamentada ou o sabendo inocente e movido pela finalidade mencionada não responde mais pelo delito do art. 339 do CP, o que, diga-se de passagem, caracteriza novatio legis in mellius, tendo em vista que a pena de abuso de autoridade é de detenção de um a quatro anos, muito mais branda do que a reclusão de dois a oito anos da denunciação* ".

Lembrando que o advogado pode ser sujeito ativo. Advogado pode dar causa a investigação contra alguém que sabe ser inocente. O advogado só tem imunidade profissional na injúria e na difamação, não tem na calúnia muito menos na denunciação caluniosa.

Antes da lei 10.028/00 era comum a doutrina alertar que nos crimes de ação privada ou pública condicionada à representação, somente a vítima ou seu representante poderia praticar o crime do art. 339 do CP, pois a investigação policial e o processo judicial dependiam de sua manifestação de vontade. Com a nova lei, mesmo nesses crimes, o delito é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, pois a investigação administrativa, o inquérito civil e ação de improbidade não dependem da iniciativa da vítima ou de seu representante.

1.4. SUJEITO PASSIVO

Será o Estado, mais precisamente a Administração da Justiça. Além disso, a pessoa atingida em sua honra será a vítima secundária.

Tratando-se de menor de 18 anos, a corrente que entende ser possível que ele seja vítima de calúnia, sustenta que pode ser vítima da denunciação caluniosa. Por outro lado, aqueles que sustentam que o menor de 18 anos não são vítimas de calúnia, não o reconhecem como vítima da denunciação.

1.5. NÚCLEO DO TIPO

É crime de execução livre, pode ser praticado por meios diretos ou indiretos, por pessoa ou por interposta pessoa.

Em razão das alterações promovidas pela Lei 14.110/2020 colacionamos a excelente explicação do Professor Márcio Cavalcante[18]:

1ª alteração: foi substituída a expressão "investigação policial" por "inquérito policial"

- Antes: era crime dar causa indevidamente à instauração de investigação policial.
- Agora: é crime dar causa indevidamente à instauração de inquérito policial.

"Investigação policial" é uma expressão ampla, que abrange a realização de quaisquer diligências feitas pela polícia com o objetivo de apurar a infração penal. Assim, configurava denunciação caluniosa a conduta do agente que, mesmo sabendo que a pessoa era inocente, provocava a autoridade policial que, em razão disso, iniciava diligências investigatórias preparatórias para apurar os fatos. O crime se consumava com o início dessas diligências, ainda que o Delegado decidisse nem instaurar inquérito policial.

Essa era a jurisprudência do STJ e a doutrina majoritária antes da Lei nº 14.110/2020:

> *Para a configuração do crime previsto no artigo 339 do Código Penal, é necessário que a denúncia falsa dê ensejo à deflagração de uma investigação administrativa, sendo prescindível, contudo, que haja a formalização de inquérito policial ou de termo circunstanciado. STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1849006/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 27/10/2020.*

E depois da Lei 14.110/2020? O art. 334 do CP agora fala expressamente em "dar causa à instauração de inquérito policial". Imagine que o Delegado receba uma notícia de crime. Ele,

18 https://www.dizerodireito.com.br/2020/12/comentarios-lei-141102020-que-altera-o.html

contudo, percebe que os indícios são frágeis e, em razão disso, decide fazer investigação preliminar antes da instauração do inquérito policial. Na investigação contata-se que a delação foi feita por um inimigo do investigado que sabia da sua inocência. Haverá denunciação caluniosa mesmo não tendo sido instaurado inquérito policial? O tema certamente causará controvérsia, mas penso que sim. Isso porque, a despeito de não ter sido necessária a instauração de investigação policial, houve a realização de um "procedimento investigatório criminal".

A nova redação do art. 339 do CP afirma que haverá denunciação caluniosa no caso de o agente dar causa à instauração de "procedimento investigatório criminal", imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Foi justamente esse o caso. Logo, penso que, a despeito de o tipo penal não falar mais em "investigação policial", não houve mudança substancial considerando que a nova redação menciona a instauração indevida de "procedimento investigatório criminal", expressão genérica que engloba a "investigação policial".

Para que ocorra o crime de denunciação caluniosa é necessário o indiciamento? Para entendermos melhor, imagine a seguinte situação hipotética:

João compareceu até o Ministério Público e prestou depoimento alegando que foi torturado por Pedro. O Promotor de Justiça requisitou a instauração de inquérito policial para apurar o fato. Durante a investigação, o Delegado constatou que não houve tortura e que João prestou tais declarações por ser inimigo de Pedro. Ao final do inquérito, a autoridade policial elaborou relatório no qual afirmou expressamente que estava deixando de fazer o indiciamento de Pedro por ausência de crime. Ao receber o inquérito, o Promotor de Justiça denunciou João pela prática do crime de denunciação caluniosa, tipificado no art. 339 do CP. João afirmou que realmente comunicou um crime que não ocorreu. Alegou, contudo, que Pedro não teve qualquer prejuízo, considerando que não foi indiciado pela autoridade policial. Desse modo, argumentou que a sua conduta não se enquadra no art. 339, mas sim no delito do art. 340 do CP:

Nesse exemplo, houve denunciação caluniosa?

Antes da Lei nº 14.110/2020	Depois da Lei nº 14.110/2020
SIM. Havia decisões do STJ nesse sentido.	Sim. O entendimento continua o mesmo, ou seja, haverá o crime de denunciação caluniosa mesmo que, no curso do inquérito policial, não ocorra o indiciamento.
Se, em razão da comunicação falsa de crime, houve a instauração de inquérito policial, sendo a falsidade descoberta durante os atos investigatórios nele realizados, o delito cometido é o de denunciação caluniosa, previsto no art. 339 do CP. O fato de o indivíduo apontado falsamente como autor do delito inexistente não ter sido indiciado no curso da investigação não é motivo suficiente para desclassificar a conduta para o crime do art. 340.	Repare que o novo texto do art. 339 fala em "dar causa à instauração de inquérito policial". Logo, não se exige o indiciamento. Com a mera instauração do inquérito policial, a estrutura estatal já foi acionada indevidamente, tendo sido violado o bem jurídico protegido, razão pela qual restou configurado o crime

STJ. 6ª Turma. REsp 1.482.925-MG, Rel. Min. Sebastião Reis, julgado em 6/10/2016 (Info 592).	

2ª alteração: inserção do procedimento investigatório criminal

- Antes: o art. 339 falava apenas em "investigação policial", ou seja, investigação criminal conduzida pela Polícia.
- Agora: é crime dar causa à instauração de procedimento investigatório criminal (expressão ampla que abrange investigações conduzidas pelo Ministério Público).

Durante muitos anos houve um intenso debate se o Ministério Público poderia, ou não, diretamente, instaurar investigação para apurar crimes. O tema só foi pacificado em 2015, quando o Plenário do STF afirmou que sim: STF. Plenário. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015 (repercussão geral) (Info 785).

Como a redação anterior do art. 339 do Código Penal era do ano de 2000, época em que não havia investigações conduzidas diretamente pelo MP, o tipo penal da denunciação caluniosa não abrangia essa hipótese. Ocorre que o cenário mudou e passaram a ser realizadas diversas investigações criminais diretamente conduzidas pelo Ministério Público.

O tema encontra-se atualmente disciplinado pela Resolução nº 181/2016, do Conselho Nacional do Ministério Público, que traz regras para que o membro do Parquet instaure procedimento investigatório criminal (conhecido pela sigla PIC):

> *Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)*

Diante disso, o ponto de discussão é o seguinte:

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CONDUZIDO PELO MP **Se um determinado indivíduo dá causa à instauração de procedimento investigatório criminal contra alguém, no âmbito do Ministério Público, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, haverá denunciação caluniosa?**	
Antes da Lei 14.110/2020: polêmica	Depois da Lei 14.110/2020: SIM
Havia duas correntes: 1ª) Sim. Seria possível com base em uma intepretação extensiva da expressão "investigação policial".	O legislador atualizou o texto legal e passou a prever expressamente que se alguém der causa indevidamente à instauração de procedimento investigatório criminal contra

2ª) Não. Admitir a denunciação caluniosa seria realizar analogia *in malan partem*. Prevalecia a segunda corrente.	pessoa inocente, isso caracteriza sim denunciação caluniosa.

Essa mudança pode ser aplicada para fatos ocorridos antes de 21/12/2020 (data da entrada em vigor da Lei nº 14.110/2020)? Depende.

- Para aqueles que adotavam a 1ª corrente, sim. Isso porque a nova redação da Lei nº 14.110/2020 apenas deixou claro algo que já era possível com base em uma interpretação extensiva. Assim, a nova Lei apenas corroborou o entendimento que já deveria ser adotado.

- Para aqueles que adotavam a 2ª corrente, não. O argumento aqui já é o contrário. A Lei nº 14.110/2020 foi necessária justamente porque antes não havia essa possibilidade. Desse modo, a instauração indevida de PIC somente passou a ser considerada denunciação caluniosa para fatos ocorridos a partir de 21/12/2020.

Quando a nova redação do art. 339 do CP fala em "procedimento investigatório criminal", isso abrange unicamente o procedimento conduzido pelo Ministério Público? O tema causará controvérsia, mas penso que não. É certo que o objetivo principal da Lei nº 14.110/2020, ao inserir a expressão "procedimento investigatório criminal" foi resolver a polêmica acima demonstrada e definir que a denunciação caluniosa abrange também as investigações conduzidas pelo Ministério Público. Contudo, a redação utilizada pela Lei foi ampla e não ficou restrita às investigações realizadas no âmbito do Ministério Público.

3ª alteração: a expressão "investigação administrativa" foi substituída por "processo administrativo disciplinar"

- Antes: o art. 339 utilizava a expressão "investigação administrativa".

- Agora: a expressão foi alterada para "processo administrativo disciplinar".

A expressão "processo administrativo disciplinar" pode ter duas acepções:

1) Processo administrativo em sentido amplo;

2) Processo administrativo propriamente dito (em sentido estrito).

Processo administrativo disciplinar em sentido amplo

O processo administrativo disciplinar (em sentido amplo) divide-se em:

• sindicância;

• processo administrativo disciplinar propriamente dito (PAD).

Espécies de sindicância

Existem duas espécies de sindicância:

a) sindicância investigatória (preparatória): instaurada para servir como uma espécie de investigação prévia do fato. Nela não há contraditório e ampla defesa.

b) sindicância de caráter punitivo (contraditória, acusatória): ocorre quando é instaurada para julgar o fato, conferindo contraditório e podendo, ao final, aplicar penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias.

Quando o art. 339 do CP falava dar causa à instauração de "investigação administrativa", isso abrangia a sindicância? O STJ possuía o entendimento, antes da Lei nº 14.110/2020, no sentido de que a instauração de sindicância administrativa, com a prática efetiva de atos de investigação, visando à apuração dos fatos, satisfaz o elemento objetivo do tipo previsto no art. 339 do Código Penal. Nesse sentido: STJ. 6ª Turma. HC 477.243/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/04/2019.

E agora, com a alteração promovida pela Lei nº 14.110/2020? Dar causa à instauração indevida de sindicância administrativa enseja a prática de denunciação caluniosa? Penso que não. Entendo que, quando o art. 339 do CP, com a redação dada pela Lei nº 14.110/2020, menciona dar causa a processo administrativo disciplinar, ele está se referindo ao processo administrativo disciplinar propriamente dito (PAD). Logo, a instauração de mera sindicância não é suficiente para caracterizar o crime do art. 339 do CP.

4ª alteração: denunciação caluniosa pela falsa imputação de infração ético-disciplinar ou ato ímprobo

- Antes: só havia denunciação caluniosa com a falsa imputação de crime (caput) ou contravenção penal (§ 2º).
- Agora: é possível também a denunciação caluniosa pela falsa imputação de infração ético-disciplinar ou ato de improbidade.

Perceba a importância da alteração com o seguinte exemplo:

João, insatisfeito com decisão judicial proferida contra seus interesses, ingressa com reclamação disciplinar no Conselho Nacional de Justiça afirmando falsamente que, na audiência, foi humilhado pelo magistrado, que o teria tratado de forma descortês e com linguajar rude. O art. 22 do Código de Ética da Magistratura Nacional prevê que o magistrado tem o dever de cortesia para com as partes e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça. Diante disso, o CNJ instaurou processo administrativo disciplinar para apurar as alegações do reclamante, tendo, contudo, ficado comprovado que o juiz não praticou a conduta imputada.

Indaga-se: João poderá ser responsabilizado por denunciação caluniosa?

- Antes da Lei nº 14.110/2020: NÃO. Isso porque só havia denunciação caluniosa no caso de falsa imputação de crime. Tratar as partes com descortesia, apesar de se caracterizar como infração-ético disciplinar, não configura, em princípio, crime.
- Depois da Lei nº 14.110/2020: SIM. Isso porque com a nova Lei a falsa imputação de infração ético-disciplinar passa a ser hipótese de denunciação caluniosa.

Ato ímprobo

Imagine a seguinte situação hipotética:

Pedro, inimigo político de Roberto (Prefeito), procura o Ministério Público afirmando que o chefe do Poder Executivo municipal praticou ato de improbidade administrativa. Ocorre que a imputação é falsa e Pedro sabe que Roberto é inocente. O Promotor de Justiça instaura inquérito civil que, ao final, é arquivado.

Indaga-se: Pedro praticou o crime de denunciação caluniosa do art. 339 do CP?

A grande dúvida sobre o tema está no fato de que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/92) traz uma disposição semelhante:

> *Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.*
> *Pena: detenção de seis a dez meses e multa.*
> *Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.*

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA **Qual é o crime praticado pela pessoa que dá causa à instauração de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe fato ímprobo de que o sabe inocente?**	
Antes da Lei 14.110/2020:	Depois da Lei 14.110/2020:
Depende: · Se a conduta imputada se amoldar como ato de improbidade e também estiver prevista como infração penal: o agente responde pelo art. 339 do CP (denunciação caluniosa). Ex: a pessoa afirmou falsamente que o prefeito recebeu propina (art. 9º, I, da LIA; art. 317 do CP). · Se a conduta imputada for apenas o ato de improbidade não configurar infração penal: o agente responde pelo crime do art. 19 da LIA. Ex: a pessoa afirmou falsamente que o prefeito fez publicidade governamental que caracteriza promoção pessoal. Tal conduta configura ato de improbidade (art. 11 da LIA), mas não é crime. A redação anterior do caput do art. 339 do CP só admitida a denunciação caluniosa em caso de falsa imputação de crime.	Em ambos os casos, o agente responderá pelo crime do art. 339 do CP. Se a falsa conduta imputada for improbidade e crime, o agente responde pelo art. 339 do CP. Se a falsa conduta imputada for apenas improbidade (e não crime), o agente também responde pelo art. 339 do CP. A Lei nº 14.110/2020 alterou a redação do art. 339 do CP e passou a admitir a denunciação caluniosa em caso de falsa imputação de ato ímprobo. E o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa? Foi tacitamente revogado pela Lei nº 14.110/2020. Vale ressaltar, no entanto, que ele continua a ser aplicado para as situações anteriores a 21/12/2020, porque o art. 339 do CP é mais gravoso (art. 5º, XL, da CF/88).

1.6. ELEMENTO SUBJETIVO

A maioria da doutrina e tanto o STF quanto o STJ, com base na expressão "crime de que sabe inocente", sustenta que somente é possível o dolo direto, não seria possível o dolo eventual.

> *Para configuração do delito de denunciação caluniosa, exige-se que o agente saiba que a pessoa é inocente, ou seja, é necessário dolo direto. O simples fato de a pessoa "investigada" ou "denunciada" ter sido absolvida não significa que o autor da "denúncia" deverá responder por denunciação caluniosa, sendo necessário comprovar a sua má-fé, ou seja, que a sua única intenção era a de atribuir fato criminoso a pessoa que ele sabia ser inocente. STF. 1ª Turma. Inq 3133/AC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 5/8/2014 (Info 753).*
>
> *Para que seja configurado o crime de denunciação caluniosa exige-se dolo direto. Não há crime de denunciação caluniosa caso o agente tenha agido com dolo eventual. STF. 2ª Turma. HC 106466/SP, rel. Min. Ayres Britto, 14/2/2012.*

Apesar disso, parcela minoritária entende ser cabível tanto o dolo direto quanto o dolo eventual.

ART. 339	
DOLO DIRETO	**DOLO EVENTUAL**
Vontade de dar causa à instauração de procedimento oficial *imputando a vítima crime de que sabe inocente.*	Assume o risco de dar causa à instauração de procedimento oficial *imputando a vítima crime de que sabe inocente.*
Exemplo: falo para um delegado que fulano assaltou o Banco do Brasil, querendo que ele instaure um procedimento.	Exemplo: falo para um amigo que é delegado, em uma conversa informal, que fulano assaltou o Banco do Brasil, assumindo o risco de que o amigo delegado não vá se limitar a ouvir e sim instaurar procedimento policial.

Por fim, não se admite o dolo superveniente, assim, aquele que de boa-fé, noticia um crime que pensa praticado por pessoa indicada, não comete denunciação caluniosa ainda que tempos depois descubra que a revelação foi equivocada. O dolo tem que estar presente no momento que ele dá a causa e não após.

1.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consumação com à investigação policial, dispensa a formalização do inquérito policial, bem como à instauração dos demais procedimentos previstos no tipo.

Salienta-se que na denunciação caluniosa eventual retratação não extingue a punibilidade do agente, tendo em vista que não ofende somente a honra, mas a administração da justiça que já foi movida inútil e criminosamente.

Imagine, por exemplo, que Y dá causa a instauração de uma investigação policial contra X, imputando-lhe crime que sabe ser inocente. É instaurado o IP, e durante o seu curso, o delegado percebe que o crime não ocorreu ou que ocorreu e X não é o criminoso. Neste caso, o MP deve

aguardar o fim da investigação, processo, e demais procedimentos inúteis e criminosamente instaurados para oferecer denúncia?

1ªC: o MP, para propor a ação penal em razão do crime do art. 339 do CP, deve aguardar o fim do procedimento criminosamente instaurado, a fim de evitar decisões conflitantes. Hungria.

2ªC: não é pressuposto da instauração de AP pelo crime do art. 339 a conclusão do procedimento injustamente instaurado. A prova da inocência da pessoa que foi acusada falsamente não depende do encerramento do procedimento, não bastasse, a AP no art. 339 do CP é pública incondicionada.

Por fim, admite-se a tentativa nos casos em que queija ou a denuncia forem rejeitadas, quando feita por escrito e ocorre interceptação, bem como nos casos em que a autoridade policial não dá início ao procedimento investigativo.

1.8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

No §1º do art. 339 há uma causa de aumento de pena, justifica em razão da maior dificuldade de identificar o agente.

> *Art. 339,*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*
> *§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.*

1.9. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

É a chamada “denunciação caluniosa privilegiada”. Passa a ser uma infração de MÉDIO potencial ofensivo, permitindo a suspensão condicional do processo.

> *Art. 339,*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*
> *§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.*

2. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU DE CONTRAVENÇÃO PENAL

2.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está prevista no art. 340 do CP, *in verbis*:

> *Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

Diferencia-se da denunciação caluniosa, é infração de menor potencial ofensivo.

ART. 339 – DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA	ART. 340 – COMUNICAÇÃO FALSA
O agente imputa infração penal inventada a pessoa certa e determinada.	O agente comunica a infração fantasiosa, sem imputar a alguém.
Grande potencial ofensivo: 2 a 8 anos de reclusão E multa.	IMPO: detenção de um a 01 a 06 meses OU multa.

2.2. SUJEITO ATIVO

Crime comum, qualquer pessoa pode ser sujeito passivo.

Obs.: sustenta-se, ainda, que na comunicação de crime de ação privada ou pública condicionada, somente o titular do direito de queixa ou representação, poderá praticar a infração.

2.3. SUJEITO PASSIVO

A administração pública, mais precisamente a administração da justiça.

2.4. NÚCLEO DO TIPO

Provocar (dar causa) a ação pelo menos investigativa, não precisa haver a formalização do IP. É crime de execução livre.

Conforme entendimento jurisprudencial, a polícia militar não está abrangida pela autoridade do 340 do CP, só estaria abrangida a autoridade capaz de perseguir, apurar o crime. Desta feita, como se sabe, a função da PM (salvo nos IPM), é preventiva, ostensiva.

2.5. ELEMENTO SUBJETIVO

Discute-se se basta o dolo ou se é imprescindível uma finalidade especial animando o agente. Temos duas correntes:

1ªC: além da vontade de comunicar falsamente a ocorrência da infração, exige-se finalidade especial de provocar inutilmente a ação da autoridade pública. Hungria.

2ªC: pouco importa a finalidade especial que animou o agente, bastando a vontade consciente de comunicar à autoridade pública a ocorrência de infração fantasiosa. Damásio. Prevalece.

E se o indivíduo comunica falsamente a ocorrência da infração, para utilizar a confecção do BO para acionar o seguro e assim se beneficiar? Pratica o art. 171, V + 340 CP ou o art. 171 absorve o 340 CP? Duas correntes:

1ªC (Defensoria): se a comunicação falsa for meio para fraudar seguro, o crime patrimonial absorve o delito contra a administração da justiça. Princípio da Consunção. Defensoria.

2ª (PREVALECE): se a comunicação falsa visar fraude contra seguro, haverá concurso material de delitos, tendo em vista que os dois crimes protegem bem jurídicos distintos, sendo inviável a consunção.

2.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consuma-se com a realização de qualquer ato no sentido de esclarecer a infração fantasiosamente relatada. É perfeitamente possível a tentativa, por exemplo, na forma escrita.

3. AUTOACUSAÇÃO FALSA

3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Está tipificada no art. 341 do CP. Vejamos:

> *Art. 341 - Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.*

Presentes os requisitos, admite a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Não confunda com os delitos de denunciação caluniosa e com a comunicação falsa de crime ou de contravenção penal.

ART. 339 CP – DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA	ART. 340 CP – COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU CONTRAVENÇÃO	ART. 341 CP – AUTOACUSAÇÃO FALSA.
O agente imputa ao inocente crime ou contravenção penal (neste último caso, é a forma privilegiada).	Comunica a autoridade crime ou contravenção penal (sem imputar a alguém).	O agente assume a paternidade de crime. Não abrange contravenção penal - fato atípico.

3.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Tutela-se a administração da justiça.

3.3. SUJEITO ATIVO

Qualquer pessoa pode praticar o crime, trata-se de crime comum. Temos inclusive o que a doutrina chama de auto calúnia.

OBS: não há crime na conduta do coautor ou partícipe que chama para si a responsabilidade total do delito em que participou. O art. 341 exige que assuma a “paternidade” de um crime que nunca existiu ou crime de outrem.

3.4. SUJEITO PASSIVO

Administração pública, notadamente a administração da justiça.

3.5. NÚCLEO DO TIPO

Em resumo, o delito consiste em o agente incriminar-se. Porém, incriminar-se perante a autoridade.

Precisa ser na PRESENÇA da autoridade? Não, o que importa é que chegue ao conhecimento da autoridade, podendo ser praticado verbalmente ou por escrito.

3.6. ELEMENTO SUBJETIVO

É punido a título de dolo.

Haverá o crime, ainda que tenha o agente se levado por motivo altruísta. Por exemplo: pai assumindo a autoria de crime cometido pelo filho. Não exclui o delito.

3.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime se consuma quando a autoridade toma conhecimento da autoacusação falsa, não importando as ulteriores consequências. Chegou ao conhecimento da autoridade, pronto, o delito está consumado.

Admite-se a tentativa na modalidade escrita (carta interceptada). Prevalece, embora Hungria diga que não.

Hipótese: Y comete crime 'tal', X assume a autoria. X não só assume a autoria, como imputa a coautoria a Z. X diz: EU e Z cometemos o crime 'tal'.

1ªC: 341 (autoacusação) e 339 (denunciação caluniosa) concurso formal imperfeito. Capez.

2ªC: 341(autoacusação) e 339 (denunciação caluniosa) concurso material. Mirabete.

Não tem muito interesse prático, eis que haverá de qualquer forma a soma das penas.

4. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA

4.1. PREVISÃO LEGAL E CONSIDERAÇÕES

Possui previsão no art. 342 do CP. Observe:

> *Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta*
> *§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

Admite acordo de não persecução penal.

4.2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O estado chamou para si o monopólio da distribuição da justiça. O instrumento para dirimir o conflito de interesses, é o processo. O processo é composto de várias etapas, em especial a instrução. Na instrução, chamam à atenção as provas testemunhais e periciais. Logo, o crime do art. 342 quer exatamente cercar a perícia e o testemunho com todas as garantias possíveis. Fazendo isso, estamos garantindo a instrução, de forma a garantir o devido processo legal para corretamente dirimir conflitos, de forma a distribuir corretamente a justiça. Desta feita, o objeto jurídico é resguardar o prestígio da justiça.

4.3. SUJEITO ATIVO

Trata-se de crime de mão própria ou de conduta infungível, só pode ser praticado pelos personagens contidos no tipo, nas situações previstas.

Em relação à a testemunha que não presta compromisso, há dois entendimentos. Vejamos:

1ªC: Toda testemunha, compromissada ou não pode ser sujeito ativo do crime do art. 342, a lei não diferencia, logo não cabe ao intérprete fazê-lo. Não bastasse, a testemunha não compromissada, pode servir como argumento de condenação ou absolvição. Quem falou que o juiz não pode utilizar o testemunho de um informante para basear seu julgamento? Noronha.

2ªC: Se a lei não submete a testemunha informante ao compromisso de dizer a verdade, não podem cometer o ilícito do art. 342. Ora, se a própria lei não colhe delas o compromisso de dizer a verdade, a lei não pode cobrar. PREVALECE. Pacífico.

A vítima não comete o delito do art. 342 do CP. Pode, eventualmente, enquadrar-se sua conduta no crime de denunciação caluniosa.

Tratando-se de crime de mão própria ou conduta infungível só admite participação. Não é possível a coautoria. Contudo, a falsa perícia admite a coautoria, quando o laudo for subscrito por dois peritos. Na falta de perito oficial, dois não oficiais subscrevem.

Por fim, para o STF, o advogado que induz testemunha a mentir é coautor de falso testemunho. O STF trabalha aqui com a teoria do domínio do fato.

4.4. SUJEITO PASSIVO

Estado/administração, podendo concorrer pessoas prejudicadas com o falso testemunho e/ou falsa perícia.

4.5. NÚCLEO DO TIPO

A conduta consiste em:

a) Fazer afirmação falsa - o agente distorce a verdade. “Falsidade positiva”

b) Negar a verdade - o agente, apesar de saber a verdade, quando indagado, nega. “Falsidade negativa”.

c) Calar a verdade - não se pronuncia sobre verdade que conhece. “Reticência”

Não importa qual modalidade, o agente se desgarra da verdade. Mas, o que é verdade? Verdade nada mais é do que perfeita correspondência entre a realidade e sua expressão.

A falta de correspondência entre a realidade e sua expressão, pode ocorrer de duas maneiras:

1ª: Erro (engano inconsciente): achar que está narrando o que aconteceu.

2ª: Má-fé (mentira): saber que não aconteceu ou tem conhecimento que não domina a realidade. Aqui ocorre o crime.

É possível falso testemunho de fato verdadeiro. Por exemplo, X não viu o acidente de trânsito. Y o orienta a narrar o fato exatamente como aconteceu, como se X estivesse lá. Ou seja, o fato verdadeiro narrado pela testemunha não é de seu conhecimento, ela é induzida a narrar aquilo, passando para o juiz a imagem de que estava presente.

A falsidade não se extrai do depoimento da testemunha com a realidade, mas sim do contraste do depoimento e a ciência da testemunha.

4.6. ELEMENTO SUBJETIVO

O crime é punido a título de dolo, como visto acima, o engano não é punido.

4.7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de delito formal, consumando-se no momento que a testemunha, tradutor ou intérprete, termina seu depoimento, lavrando a sua assinatura. No caso da falsa perícia (testemunho, tradução, contagem ou interpretação por escrito), consuma-se no instante da entrega do laudo à autoridade competente.

O juízo não precisa ser enganado pelo falso testemunho/perícia, basta a potencialidade lesiva. Não precisamos do efetivo erro.

Uma testemunha mente no processo penal e no processo civil utiliza o mesmo depoimento falso. Não desnatura a unidade do crime, que continua único. O juiz deverá considerar na dosimetria da pena.

A testemunha estava mentindo e acaba a energia elétrica no fórum (Hungria). Testemunhas que depõem por escrito, carta é interceptada: tentativa.

4.8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

A pena será aumentada de um sexto a um terço quando o agente comete o crime por suborno ou com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo

civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. Abrange o falso testemunho ou falsa perícia praticados em inquérito policial.

> *Art. 342, § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.*

4.9. RETRATAÇÃO

É causa de extinção da punibilidade, está prevista no art. 342, §2º do CP:

> *Art. 342, § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

FALSO TESTEMUNHO OU PERÍCIA ART. 342§2º CP	CALÚNIA E DIFAMAÇÃO ART. 143 CP
"O fato deixa de ser punível"	"O querelado fica isento de pena".
A retração é circunstância objetiva comunicável aos concorrentes. Perceba: ao lado se falava em querelado, aqui se fala em FATO.	A retratação é circunstância subjetiva incomunicável aos concorrentes.
Termo final: até a sentença de primeiro grau que encerra o processo em que ocorreu o falso.	Termo final: até a sentença de primeiro grau que encerra o processo criminal por calúnia ou difamação.

Veja como já foi cobrado:

FCC DPE/AM (2018): A retratação do agente torna o fato impunível no crime de falso testemunho ou falsa perícia, se realizada antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito. Correto!

Salienta-se que em processo de competência do júri, é possível a retratação extintiva da punibilidade mesmo após a decisão de pronúncia, desde que anterior à sentença de mérito.

Para se processar alguém por falso testemunho ou falsa perícia, devo aguardar o processo em que ocorreu o falso?

1ªC: a ação penal, pelo crime de falso testemunho deve aguardar o encerramento do processo em que ocorreu o falso, evitando-se conflito de decisões. Aliás, até o encerramento o agente pode se retratar.

2ªC: a ação penal, pelo crime de falso testemunho ou falsa perícia não deve aguardar o fim do processo em que ocorreu o falso, pois a ação penal é pública incondicionada e a eventual retratação, é causa extintiva de punibilidade, resolutiva, e não condição suspensiva.